PROF. PIETRO BONFANTE
PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI ROMA

SCRITTI GIURIDICI VARII

II.

PROPRIETÀ E SERVITÙ

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
TORINO - MILANO - NAPOLI - PALERMO - ROMA (GIÀ DITTA POMBA)

SCRITTI GIURIDICI VARII

II.

SCRITTI GIURIDICI VARII

DEL

Prof. PIETRO BONFANTE

Vol. I. — **Famiglia e Successione.**

» II. — **Proprietà e Servitù.**

» III. — **Possesso, Obbligazioni e Istituti generali.**

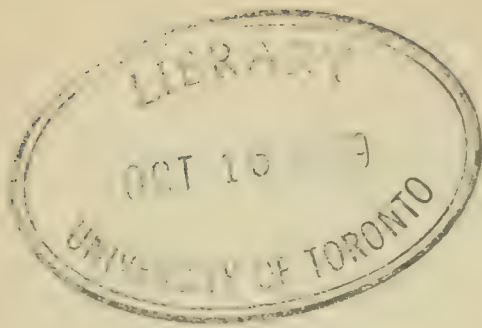
Prof. PIETRO BONFANTE
Ordinario di Diritto Romano nella Regia Università di Roma.

SCRITTI GIURIDICI VARII

II.

PROPRIETÀ E SERVITÙ

Veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.
ULPIANO, L. 1 pr. D. *De iustitia et iure*, I, 1.

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(GIÀ DITTA POMBA)
MILANO - NAPOLI - PALERMO - ROMA
1918

A VITTORIO SCIALOJA

Colle stesse parole, con cui trent'anni addietro (1888) io Le dedicava il mio primo studio (res mancipi *e* res nec mancipi), *intitolo ora questo volume a Lei, che m'inspirò l'amore degli studi che ne sono argomento, e con affettuosa cura e metodo sapiente mi mise dentro alle segrete cose della Scienza del diritto romano.*

Roma, aprile 1918.

Aff.^{mo}

PIETRO BONFANTE.

PREFAZIONE

È con una certa titubanza e con un senso quasi di mortificazione che vien fatto di presentare al pubblico una raccolta di studî, sia pur non nuovi, ma rielaborati soltanto, in questi duri anni, e l'autore sente il bisogno di scusare quel che può parere, e non è, isolamento e assenza. Sorvolo sulle ragioni particolari: i motivi generali hanno forse un valore che ciascuno potrà riconoscere. E intanto le scienze storiche e morali sono quelle da cui si attende il verbo nell'ora presente, che sembra avverare nel secolo XX le visioni più cupe dell'età del ferro: ma sono quelle altresì, nelle quali la ricerca della verità è, più che ardua, scabrosa e talora dolorosa, ed è invece, più che agevole, attraente velarla di retorica e di leggenda, alterarla con sofismi; mentre falsi rispetti e insidiosi pregiudizi sono invocati a giustificazione della leggenda, della retorica e dei sofismi.

Pure la verità soltanto è maestra, la verità soltanto è educatrice; e nei limiti delle mie forze io posso tuttavia gloriarmi di aver sempre recato nelle indagini che da un trentennio proseguo, e instillato nei miei allievi, spirito, metodi, abito di pura ricerca del vero.

E forse ora più che in passato, se io non m'inganno, il nostro animo è rassegnato ad aprire gli occhi agli ammaestramenti della realtà. Il primo volume di questi scritti usciva nel momento epico della nostra guerra. Celebrando la fiamma eroica dei soldati e giovani ufficiali d'Italia, lavoratori e studenti — questi ultimi, veri figli spirituali nostri — io mal celava

una velata preoccupazione per quello che è il tarlo antico, da cui derivano tutti i danni e i dolori della nostra stirpe, e rievocava la battaglia che fu il più amaro trionfo storico della discordia e della indisciplina, la battaglia sulla quale un velo di dannosa e brutta leggenda è stato disteso: Lissa. Con voce più autorevole, con ricerca nuova e nelle sue crudeli esumazioni felice, Francesco Ruffini in due magnifici discorsi, l'uno al popolo di Torino, l'altro in Senato, ha ristabilito la verità di un'altra disfatta: Novara; verità anch'essa con grave danno della nostra educazione dissimulata, anzi nascosta deliberatamente, giacchè gli atti dell'inchiesta ufficiale, in cui essa era depositata, vennero per una falsa carità di patria tenuti nel piu alto segreto e solo alla vigilia di questo nuovo più grande cimento non si può dire pubblicati, ma dati alle stampe.

Queste amare lezioni debbono essere una buona volta attentamente meditate e ricevute nell'animo, perchè non avvenga sempre che il frutto del più grande sforzo e del più gran valore sia reso vano dall'eterno vizio italico. E auguriamoci che cessi finalmente quel pericoloso trastullo di velare e magnificare con bei nomi le nostre deficienze. Una dote negativa può bensì assumere la maschera di virtù attiva, ma nell'intima essenza è il più delle volte altrettanto lontana dalla virtù, che affetta, quanto da quella che rinnega: il vero è che i popoli più fieramente liberi e più tenaci amanti del viver libero, furono quelli che definirono l'amore della libertà come il rispetto dell'ordine — noi siamo schiavi delle nostre leggi e in ciò consiste la nostra libertà! — e furono i popoli a un tempo stesso più devoti all'autorità e più riccamente dotati di vera iniziativa individuale e vigore di azione.

In questi giorni di travaglio e di aspra vigilia, con cui si chiude il ciclo ormai classico della storia europea, antica, medioevale e moderna, e si apre la grande êra nuova della storia mondiale, non è, come alcuno crede, un fuor d'opera, ma l'adempimento di un preciso dovere adoperarci a preparare un piano di educazione nazionale meno retorica e più intima, meno eccitatrice della fantasia e più diretta a dar nutrimento e disciplina

alle forze austere dello spirito, di giorno in giorno più necessarie nella lotta per l'esistenza degli uomini e dei popoli. Nell'ordine della coltura i fiori spuntano da sè, avendo la mira ai frutti; ma la nostra educazione formativa pare che abbia di mira esclusivamente la bella e capricciosa fioritura.

E per nessun popolo il problema dell'educazione possiede un valore così essenziale come per quello che ha tra i popoli moderni il più breve corso di vita unitaria e di esperienze vissute e veramente sue — poco più di mezzo secolo — pur contando (ed è per molti aspetti una penosa illusione e una tradizione, che ci fuorvia dalla realtà e dai fini attuali) sopra una storia che supera i due mila anni ed è la più lunga tra tutte.

Cultore della più solida ed austera tra le scienze formative dello spirito, la sola che per una contraddizione istruttiva, date le conoscenze e gli elementi che essa offre, non ha mai allevato gli autori delle dottrine più disgregatrici della vita sociale — il giureconsulto non fu mai utopista! — è con tristezza che io scorgo come sia oscurata la grandezza morale di tutta l'alta ed eternamente esemplare storia di Roma. Con una irresistibile attrattiva agiscono sempre sugli uomini moderni i sogni (stranieri totalmente all'antico leal popolo) e i vaticini d'impero mondiale, con cui la fantasia dei poeti consolò gli animi infiacchiti nella crisi e nella decadenza dello Stato, e va dispersa invece, senza lasciar orma nel nostro spirito, e intendo precisamente di noi, che vantiamo di esser gli eredi di Roma, quella perenne manifestazione del culto dell'ordine e della legge, che non solo si riflette passo passo nella evoluzione tranquilla, unica e nel rispetto costante delle sue istituzioni pubbliche e private, ma emerge anche nelle stesse pagine più fantasiose o epiche della sua storia politica, dalla simbolica parabola, con reverenza ascoltata, di Menenio Agrippa fino all'episodio del generale che condanna a morte il proprio figliuolo, glorioso delle spoglie opime del vinto nemico, ma disobbediente ai suoi ordini, o dell'omaggio reso dal popolo e dal Senato al generale vinto per sua colpa nella più disastrosa delle battaglie di Stati-città: simboli augusti che più del valore serve la disciplina e che l'esempio della

disciplina e della concordia è tale da infrangere a buon dritto in uno Stato degno di rispetto la tenerezza più santa e la più giusta indignazione.

Io lo ripeto di nuovo: il valore non è mancato mai, nè ai capi nè ai combattenti, sia nella storia dell'Italia unita, sia nella storia del tempo in cui l'Italia era « più schiava che gli Ebrei, più serva che i Persi, più dispersa che gli Ateniesi: senza capo, senz'ordine; battuta, spogliata, lacera, corsa »; e se le classi giovanissime reclutate tra le nuove incorrotte generazioni hanno compiuto prima e dopo l'ultima sciagura i miracoli maggiori in questa guerra, ciò non è tanto indizio che i figli possano vantarsi (nostra umiliazione e nostra speranza) di essere gli epigoni πατέρων μέγ' ἀμείνονες, *quanto argomento che il sangue è buono, ma gli anni guastano il frutto delle migliori disposizioni, deprimendo, in un ambiente sociale avverso per tradizione antica e per tendenze nuove, lo spirito di subordinazione e la religione del dovere.*

Nel mese anniversario del convegno di Pontida,
auspicando ad una nuova e più salda concordia.

Aprile 1918.

PIETRO BONFANTE.

INDICE

I.

Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (“ Res mancipi „ e “ res nec mancipi „) (*).

Χρυσὸν οἱ διζήμενοι γῆν πολλὴν ὀρύσσουσι καὶ εὑρίσκουσι ὀλίγον.

Eraclito (in Cl. Al., IV, 2, 565).

INTRODUZIONE (1)

1. Una vaga intuizione naturalistica degli antichi autori non giureconsulti, viva sovrattutto nel dominio della poesia, ma forse mista, non sappiamo fino a qual punto, di ele-

(1) Questa introduzione, che ha per iscopo di orientare il lettore sui metodi e i fini della ricerca, è in parte stesa su motivi e con parole del mio scritto (V. specialmente pag. 267 e segg.). ma nella massima parte si può considerare come un'aggiunta.

(*) Pubblicato nel 1888-89 col semplice titolo « *Res mancipi* e *nec mancipi* » (Roma, Tip. della Cam. dei dep.: concesso alla Soc. Editrice Lib. Milano). — La tesi di questo scritto è divenuta, si può dire, tra i romanisti italiani di dominio comune, e con lievi oscillazioni, di cui a suo luogo, è stata compresa: non così all'estero, ove la recensione di uno studioso tedesco, allora giovinetto, che per consenso unanime dei colleghi italiani non vi capì nulla (Hugo Krüger, *Zeitschr. der Sav. Stift. f. Rg.*, vol. II (1891), pag. 156 e segg.), divenne decisiva e suole esser citata (V. ad es. Girard, *Manuel*, 5ª ed., pag. 249, n. 7) accanto alla citazione dell'opera: non vi capì nulla nemmeno il recensente francese, l'Audibert (*Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, vol. XV (1891), pag. 863 e segg.), allora anch'egli assai giovane: la diversità è solo che il tedesco è duro, il francese adopera invece cortesissime parole. Qualche torto, io ne convenni (V. *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XV (1893), pag. 172, n. 1), vi doveva essere nell'autore: il libro era oscuro nel titolo, che non diceva intero il suo contenuto o per lo meno il proposito del-

menti tradizionali, ripresa poi e formulata come un domma scientifico dalla scuola del diritto naturale, pone la proprietà (cioè la proprietà individuale) come uscita dalla comunione primitiva dei beni. Però quella *communio bonorum primaeva* era veramente una comunione universale di tutte le cose tra tutti gli uomini, quindi la negazione di qualunque proprietà; e nella scuola del diritto naturale non veniva concepita come un momento storico della proprietà, ma come un presupposto per costruire le teorie razionali sul fondamento della proprietà.

Era serbato al secolo XIX di rinnovare con altro concetto quell'antica tradizione o intuizione naturalistica e trasformarla in una vera teoria storica e giuridica. In base

---

l'autore, prolisso specialmente nell'esposizione delle diverse dottrine sulle *res mancipi* e *nec mancipi*, troppo pregno di diritto comparato in un'epoca in cui l'uso di questo metodo (che in seguito, quando l'autore ebbe appreso a diffidarne, entrò invece in grande favore) riscoteva ancor diffidenze, e non intonato ai metodi in voga, in quanto l'autore applicava per la prima volta quelli che divennero in seguito i suoi motivi metodici proprî. Per queste ragioni la tesi centrale del libro — tesi, a mio avviso, indubitabilmente giusta — rimaneva come soffocata. Essa è disegnata specialmente nel capitolo sul « fondamento razionale della distinzione » e si appunta in questo pensiero, che la categoria delle *res m.* e *nec m.* non è per nulla un fenomeno *singolarissimo ed enimmatico*, nè una semplice *reliquia arcaica* aduggiante la matura civiltà romana, bensì l'*espressione di un fenomeno generale* di tutti i luoghi e *di tutti i tempi*, rappresentante la distinzione tra *beni sociali* e *beni individuali*, distinzione *fondamentale*, non scientifica, ma legislativa, la quale in talune fasi storiche, in taluni oggetti, in talune aspirazioni (filosofiche e politiche) si esalta in una vera antitesi tra proprietà sociale e proprietà individuale: e pertanto la distinzione stessa delle *res m.* e *nec m.* non ebbe punto una vita languida e grama, oltrepassata l'epoca arcaica, bensì forte e rigogliosa in tutto l'Evo Romano, sinchè non cedette il posto alla *equivalente* categoria delle cose immobili e mobili, la cui assenza come categoria fondamentale e legislativa nel diritto romano classico non ci deve quindi più sorprendere, bensì ammonire. Data questa concezione, anche il capitolo « sull'origine e l'evoluzione primitiva delle *res mancipi* e *nec mancipi* », per la parte in cui si riesamina l'evoluzione primitiva della proprietà, non è un inutile innesto nella ricerca, poichè in armonia col motivo dominante l'autore mirava a stabilire che la *storia dell'evo-*

alle notizie di antichi scrittori sullo stato della proprietà presso le popolazioni barbare dell'Evo Antico, in base alle ricerche sulle memorie più antiche delle società civili, e a un esame largo, positivo di varî diritti primitivi, oggi la dottrina comune è giunta a queste conclusioni. In primo luogo che la signoria individuale sulla cosa non è l'unica forma di proprietà, ma esiste pure una forma collettiva, comunque debba essere concepita nella sua costruzione giuridica. In secondo luogo che la proprietà collettiva ha preceduto storicamente la proprietà individuale: onde tutta la storia della proprietà primitiva sarebbe storia di proprietà collettiva; da questa si sarebbe sviluppata la proprietà individuale per via di una lenta, graduale evoluzione. Il pro-

---

luzione della proprietà non si può fare in guisa uniforme per ogni sorta di oggetti e che la proprietà della terra, in coerenza con la natura dei gruppi, si confonde a un dato momento con la sovranità.

Ciò posto, poichè tutti gli autori che mi precedettero hanno sempre considerato le *res mancipi* e *nec mancipi* come una categoria prettamente romana, *una singolarità*, o sôrta per cause contingenti in epoca storica, o perpetuatasi (tale era la tendenza più recente) per forza di inerzia dal diritto primitivo, e, reciprocamente, hanno considerato come *un'altra singolarità* l'assenza di una vera categoria dei beni immobili e mobili nel diritto romano, e poichè nessuno mette in correlazione i due fenomeni — qualunque cosa si possa pensare della mia spiegazione e ammesso pure che tutti i miei concetti siano fantastici — è fondamentalmente errato il giudizio del recensente, il quale all'estero decise della fortuna del mio scritto, che io, nel contrappormi alla letteratura sull'argomento, venga ad attribuire alla mia trattazione una importanza e una posizione autonoma che non le compete (*legt er ihrer Besprechung eine selbständige Bedeutung bei, die ihr nicht zukommt:* Hugo Krüger, l. c., pag. 156); pur riconoscendo che l'esposizione critica troppo diffusa delle opinioni altrui, cui era dedicata tutta la prima parte, costituiva un difetto dell'opera, che in questo rifacimento mi proposi fino ad un certo segno di emendare.

Debbo per la cronaca un poco vecchia soggiungere che l'autore in risposta a quella recensione spedì una rettifica alla Rivista tedesca, ma il direttore di essa, A. Pernice, si rifiutò di pubblicarla in quanto la recensione era stata scritta *optima fide*, e la Rivista non consentiva polemiche sulle recensioni: ciò forse fu ben fatto, benchè la lettera dell'illustre e compianto uomo, che non aveva la forma gentile, non fosse punto garbata.

cesso tipico di questa evoluzione, rilevato storicamente presso gli antichi Germani e osservato attualmente o sino a tempi recenti presso Slavi, Indiani, nell'isola di Giava e altrove, è il seguente. Il villaggio, proprietario del suolo, distribuisce alle singole famiglie appezzamenti in possesso e in godimento; ma gran parte del suolo (boschi e pascoli) rimane in comune, e gli appezzamenti attribuiti alle singole famiglie variano di anno in anno. Col tempo e con l'intensificarsi della coltura, le periodiche distribuzioni avvengono a intervalli più lunghi, finchè il possesso dei singoli appezzamenti è consolidato nelle famiglie, e anche la proprietà comune dei boschi, dei pascoli e delle terre incolte a poco a poco entra in distribuzione, o è usurpata dai capi e dai signori più potenti. La proprietà familiare, tuttavia, non è ancora proprietà individuale, perchè il capo-casa non ne dispone assolutamente e le famiglie primitive sono gruppi ampî, che abbracciano tutto un vasto parentado, e si propagano per più generazioni. Il diritto familiare si rende manifesto nel consenso dei parenti e degli eredi eventuali all'alienazione, nei diritti agnatizi di retratto e di riscatto. Solo dopo una lunga evoluzione la rappresentanza del capo-casa viene ad esser concepita come un vero diritto, e si emancipa da tutti i limiti e vincoli delle precedenti fasi della collettività.

Un fattore importante della evoluzione verso la proprietà individuale del nostro Medio Evo fu la Chiesa, la quale favorì la libera disposizione dei beni e propagò il concetto del testamento presso le popolazioni germaniche per lo scopo di agevolare le donazioni pie; l'ultimo colpo ai residui della collettività nell'Europa occidentale fu dato dalle dottrine individualistiche trionfanti sulla fine del secolo XVIII e nel corso del secolo XIX.

Il risultato concettuale di queste investigazioni, cioè la esistenza di forme collettive di proprietà, è sicuro, e la nozione generale della proprietà ne ha subìto veramente un'estensione e un'alterazione grave.

Ma lo stesso risultato storico desunto per induzione dal diritto comparato, coordinando le notizie, le tradizioni del passato e le osservazioni del presente stato dei popoli barbari o semicivili, è apparso per lungo tempo così sicuro che l'opinione dominante accoglieva il principio della forma collettiva della primitiva proprietà come un postulato ed applicava le stesse fasi di svolgimento anche alle origini della proprietà romana: era in un certo senso il più vasto e il più imponente tentativo di una legge universale di sviluppo dei fenomeni giuridici.

2. Tuttavia le critiche, già forti sin da principio, sebbene isolate ed in parte eccessive, acquistarono sulla fine del secolo notevole gravità e consistenza. Si rilevò che in molti popoli e in molte terre il regime della proprietà collettiva era un prodotto delle circostanze particolari, di condizioni speciali della terra o di colture speciali; che in altri casi si confondevano senz'altro i sistemi di coltura coi sistemi di proprietà; che in altri ancora i dati su cui si fondava l'induzione storica di una età primitiva erano di epoca troppo recente.

Per quel che riguarda poi l'applicazione che di questa dottrina si volle fare per chiarire il mistero delle origini della proprietà romana, dubbî speciali si affacciarono e crebbero giorno per giorno. Anche data una legge sicura di svolgimento, noi non possiamo punto affermare che gli antichi emigranti nella penisola non avessero oltrepassato lo stadio della proprietà collettiva, o per lo meno non l'avessero oltrepassato le popolazioni umbro-sabelliche, onde uscì Roma, il popolo etrusco, ond'essa ebbe molto probabilmente le prime forme della sua civiltà. Roma poi spunta in una epoca non assolutamente primitiva della storia dell'Italia antica, e quindi non è impossibile che in quell'epoca un siffatto stadio fosse nell'Italia stessa oltrepassato. Di più, aggiungiamo, la proprietà collettiva nei territori a regime agricolo in Europa è stata osservata nella sua purezza sovrat-

tutto presso i Germani e presso gli Slavi. Indarno la critica si è in ordine a queste regioni arrovellata per negare anche i dati più sicuri: qui veramente la sua reazione è stata eccessiva: qui veramente essa ha tentato di corrodere con lavorio troppo sottile il nocciolo sano della dottrina. Ma le terre dei Germani e le terre degli Slavi ancora al giorno d'oggi non sono in ultima analisi adatte che alla coltura dei cereali o in generale delle piante a crescita annuale, vale a dire a un genere di prodotti, che specialmente in un sistema di coltura agraria estensiva non solo permette, ma consiglia di mutar terra d'anno in anno. Il suolo dell'Italia, invece, è splendidamente adatto, più di qualunque altro terreno d'Europa, alla coltura arborea, e per lo meno la vite e l'olivo sono d'introduzione abbastanza antica. Ora la coltura arborea, i cui prodotti si iniziano dopo un certo periodo di anni, e talvolta nella generazione successiva a quella che ha seminato e piantato, lega l'individuo alla terra, e rende quindi precoce lo sviluppo della proprietà individuale, rende anzi in un certo senso assurdo il regime della proprietà collettiva, per lo meno in quelle forme in cui la storia ci ha finora presentato questo regime.

Ciò posto, pure apprezzando i dati del diritto comparato, noi non possiamo far molto a fidanza su di essi o per lo meno collocarli in prima linea per la soluzione del problema relativo alle origini della proprietà romana.

3. Vediamo che cosa ci dicono i dati storici specifici. Gli studiosi moderni, dietro l'influenza dei concetti del diritto comparato, ritengono che la proprietà romana fosse collettiva e precisamente incentrata in quel gruppo che ci si dimostra così vivace nelle origini di Roma e che certamente ha preceduto l'esistenza della *civitas*, cioè la *gens*. Ma i dati che dovrebbero dimostrare l'origine della proprietà romana dalla collettività sono nelle fonti romane di un carattere assai dubbio ed equivoco.

Si è ricercato nel regno della poesia il ricordo delle tradizioni più vetuste e si è dato corpo alle leggende dell'età dell'oro, del regno e dell'evo di Saturno prima dell'avvento di Giove. In questa età primitiva (così risuona il grido e il rimpianto dell'antica poesia) i campi non erano divisi, la terra era comune. Prima dell'avvento di Giove, dice Virgilio,

> Ne *signare* quidem aut *partiri limite* campum
> Fas erat (1).

In una paradisiaca descrizione della felicità e dell'innocenza primitiva che ricorda i libri sacri, tra le querce che dànno miele e i tori che sottentrano volonterosi al giogo, canta il più pacifista dei poeti antichi e moderni:

> Quam bene Saturno vivebant rege, priusquam
> Tellus *in longas est patefacta vias!*
> . . . .
> Non domus ulla fores habuit: non *fixus in agris,*
> *Qui regeret certis finibus arva, lapis* (2).

Ovidio ricorda il tempo in cui la terra era comune come l'aria e la luce del sole, prima che sopraggiungesse l'agrimensore a stabilire i confini tra il mio e il tuo:

> Communemque prius ceu lumina solis et auras
> Cautus humum *longo signavit limite mensor* (3).

Della stessa natura è l'attestazione del Frammento di Vegoia, divinità, a quel che sembra, etrusca: « Cum autem Iuppiter terram Aetruriae sibi vindicavit, constituit iussitque *metiri campos signarique agros* (4) ».

---

(1) Verg., *Georg.*, I, 126-127. Cfr. il ricordo dei *Saturnia regna* in Verg., *Ecl.*, 4 (la più famosa delle Ecloghe); *Aen.*, VIII, 314-327, e un accenno al *limes* in epoca pre-romana in *Aen.*, XII, 896-897.

(2) Tib., I, 3, 35 e seguenti.

(3) Ov., *Metam.*, I, 135-136. L'allusione di Orazio, *Od.*, III, 24, 11-14, ai *rigidi Getae, immetata quibus iugera..... nec cultura placet longior annua*, ci porta fuori dei confini del mondo classico e del problema specifico.

(4) *Gromatici*, ed. Lachmann, pag. 350, lin. 18 e segg. Il testo prosegue con terrificanti sanzioni religiose per la violazione dei termini.

A noi non sembra che sia da attribuire un soverchio peso a queste poetiche allusioni: esse mostrano piuttosto su quali deboli testimonianze si faccia fondamento.

4. Altri indizi si ricavano dalle tradizioni storiche dell'epoca dei re. Per lo meno scendiamo nel dominio della prosa. Numa avrebbe diviso individualmente tra i cittadini, *viritim civibus*, le terre conquistate in guerra da Romolo (1). In ciò si vuol vedere una derivazione della proprietà privata dallo Stato. L'induzione, per quanto la tesi sia rappresentata da un grande storico, il Mommsen, ci sembra piuttosto campata in aria. Una divisione di terre pubbliche, e più ancora di terre conquistate di fresco, operata dal sovrano, manifesta piuttosto la preesistenza che l'istituzione della proprietà privata; perchè mai quest'assegnazione dovrebbe aver un significato diverso dalle assegnazioni storiche?

Più concreta, più significativa è la leggenda che attribuisce a Numa l'introduzione del Dio Termine, che si dice *Jupiter Terminus*, della festa dei *Terminalia*, della pena della *sacratio capitis* per ogni violazione delle pietre terminali tra i campi (2). Il carattere augusto e la pretesa origine sabina del Dio Termine, la sua connessione con la *limitatio* e con le istituzioni etrusche, come appare dal frammento di Vegoia e dalle sue terrificanti sanzioni, dànno veramente l'impressione di un dato da non dispregiare. Ma l'interpretazione di questo dato è assai delicata e non potremmo certo indurne senz'altro l'origine statale a data fissa della proprietà privata.

5. Ma il dato più positivo e documentato, e sul quale si è esercitato il maggior lavoro, è relativo alla tradizione

---

(1) Cic., *De rep.*, II, 14, 26. Plutarco (*Numa*, 16) dice: tra i poveri.

(2) Vedi per le fonti principali, Dion., 2, 74; Paul. Diac., *Termino* (ed. Teubner, pag. 505); Plut., *Numa*, 16; *Quaest. rom.*, 15. Cfr. anche Plin., XVIII, 2, 8; Liv. I, 55.

dei due iugeri di terra, i *bina iugera*, che sarebbero stati in origine attribuiti al cittadino romano.

Questa distribuzione sarebbe stata fatta per la prima volta da Romolo (1). Varrone ricorda anch'esso i *bina iugera* distribuiti da Romolo e ci informa che essi costituivano un *heredium*, in quanto trapassavano all'erede (2).

Nelle più antiche colonie romane il lotto dei singoli coloni constava per l'appunto di due iugeri (3). Nella leggenda dell'immigrazione di Appio Claudio nel territorio romano si parla pure di un'attribuzione di due iugeri per ciascuno dei suoi clienti e fin nell'epoca dei Flavi il poeta Giovenale ricorda come il compenso degli antichi veterani fosse per tutte le ferite un modesto lotto di due iugeri (4).

Che questa tradizione contenga il vero lo manifesta quello che pur sempre è l'argomento più sicuro desunto dalle istituzioni storiche, in quanto nella più antica età e normalmente anche nell'epoca storica la *centuria* o il *centuriatus ager* (5), che è la divisione elementare della più augusta forma di *limitatio*, consta per l'appunto di 200 iugeri: ed essa ricorda evidentemente nel nome stesso la sua derivazione dal fatto di costituire l'appannaggio di 100 guerrieri. D'altra parte gli antichi stessi ci informano di questo significato della parola.

---

(1) Plin., *Hist. nat.*, XVIII, 2, 7: « bina tunc iugera populo romano satis erant nullique maiorem modum (Romulus) attribuit ». Cfr. Festus, v. *Centuriatus ager* (V. sotto).

(2) Varro, *De re rust.*, I, 10, 2: « bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt ».

(3) Liv., IV, 47, 6 (Labici); VI, 36 (dichiarazioni in concione); VIII, 11, 14 (assegnazioni viritane); VIII, 21, 11 (Anxur).

(4) Iuv., *Sat.*, 14, 161-164: « Mox etiam fractis aetate ac Punica passis — Proelia vel Pyrrhum immanem gladiosque Molossos — Tandem pro multis vix iugera bina dabantur — Vulneribus ».

(5) Festus, *Centuriatus ager* in ducena iugera definitur, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit. — Sic. Flacc., in *Grom.*, pag. 153, lin. 26: « Centuriis vocabulum datum est ex eo: cum antiqui Romanorum agrum ex hoste captum victori populo per bina iugera partiti sunt, centenis hominibus ducena iugera dederunt ».

6. Questo dato che si può ritener sicuro dei *bina iugera* ha acceso una gran disputa tra gli scrittori, per cui la questione della proprietà romana primitiva si è in gran parte incentrata sulla questione dei *bina iugera*. Al Mommsen parve questo un dato decisivo per l'origine collettiva della proprietà romana. Due iugeri rappresentano l'estensione modesta di un mezzo ettaro. Ora sopra un campo di mezzo ettaro tenuto a cereali una famiglia, per frugale che sia, non può vivere. Il Mommsen esamina quello che due iugeri possono produrre e fa il confronto con le moggia di frumento che occorrono per l'alimentazione media.

Uno schiavo consuma 51 moggia di grano all'anno. Due iugeri producono 50 moggia e con deduzione della semente, 40, anche a prescindere dalla necessità della rotazione. A suo avviso pretendere di nutrire una famiglia su mezzo ettaro di terreno è voler rinnovare il miracolo dei cinque pani e dei due pesci (1). Egli fa il calcolo sulla base del reddito di cinque volte la semenza, il che per le terre del Lazio, anche col più irrazionale ed esauriente metodo di coltura, è un computo troppo basso; ma il risultato con qualunque correzione non si può radicalmente mutare.

La tesi che il Mommsen intende di stabilire con queste osservazioni è la seguente: la vera proprietà delle terre era nell'epoca antica di Roma incentrata nella *gens;* i due iugeri non rappresentano se non l'orto o il recinto per l'abitazione e la corte delle singole famiglie. L'estensione di questo piccolo orto corrisponde all'estensione del recinto allo stesso scopo destinato presso i Germani, e un recinto di estensione simile costituisce pure la proprietà privata, trasmissibile agli eredi, la sede della famiglia presso popoli, in cui vige il regime della proprietà collettiva. D'altra parte nel linguaggio delle XII Tavole *heredium* non significa il fondo, ma è usato nel senso di *hortus* (2).

---

(1) Mommsen, *Röm. Gesch.*, vol. I, c. XIII, 4ª ed., pag. 188.
(2) Plin., *Hist. nat.*, XIX, 4, 50.

Molti scrittori si rannodarono al Mommsen: il Meitzen dichiara senz'altro il reddito dei due iugeri un reddito di fame (1). Altri, tuttavia, come il Voigt (2), più cautamente il Lange (3), si fecero invece a contraddire al Mommsen, sostenendo che i *bina iugera* potevano esser sufficienti ad una frugale famiglia e che conveniva aggiungere al provento anche il diritto di pascolo nell'agro pubblico. In Italia la corrente ha piuttosto seguito il Mommsen, ma nondimeno il nostro Padelletti (4), esaltando l'agricoltura intensiva e le abitudini severe dell'antico popolo, contrastava alla tesi mommseniana.

7. A me sembra che la questione sia stata mal posta. In tesi generale non si può far a meno di dar ragione al Mommsen. A parte i suoi calcoli un po' troppo bassi, è certo che un orto di mezzo ettaro in un territorio che non abbia delle eccezionali facoltà produttive e in un'agricoltura rudimentale (il celebrare la sapienza agricola dei Romani primitivi è una fantasticheria) a mala pena si può ritenere sufficiente per una modesta famiglia, e la casata romana tipica con a capo il *paterfamilias* è un gruppo più vasto della nostra famiglia. I coloni che vivono a mezzadria sul campo del padrone, ai nostri giorni, hanno una estensione di terreno molto maggiore, che si aggira intorno ai dieci ettari. D'altra parte un punto che non è stato abbastanza rilevato è che un campo così limitato, anche non sottraendo, come è pur necessario di fare (5), il ricovero pei vivi e le tombe, esige troppo poche forze di lavoro, e quindi sarebbe a un tempo stesso un regime di fame e di inerzia.

---

(1) A. Meitzen, *Siedelung und Agrarwesen der Westgermanen und Ostgermanen, der Kelten, Römer, Finnen und Slaven*, 1895, I, pag. 252.

(2) Voigt, *Ueber die bina iugera der ältesten römischen Agrarverfassung* in *Rhein. Mus.*, XXIV, pag. 52 e seguenti.

(3) *Röm. Alt.*, I, pag. 212-213.

(4) Padelletti-Cogliolo, pag. 219-220, n. 9. Anche lo Schwegler (*Röm. Gesch.*, 1853, I, pag. 618) e il Peter (*Gesch. Roms*, 1881, I, pag. 81), in sostanza si riannodano al Lange.

(5) Liv., VI, 36.

Se non che il problema dei due iugeri, a nostro avviso, non concerne punto l'origine della proprietà. Salvo per le distribuzioni romulee, su cui gli antichi non entrano in particolari, per tutte le altre distribuzioni antiche (di due iugeri per espressa attestazione o presumibilmente) attribuite a Numa, a Tullo Ostilio, a Servio, o eseguite nelle più antiche assegnazioni viritane o coloniarie, ci è pure attestato che esse sono fatte ai poveri o alla plebe: nella migrazione di Appio i due iugeri sono assegnati ai suoi clienti, mentre Atta Clauso ne ottiene 25. Ora l'origine degli istituti romani si deve ricercare nei *patres*, non nella *plebs*. Che poi la plebe primitiva avesse assegnazioni così modeste, non altro dimostra se non il suo stato di dipendenza di fronte ai *patres*. Il supplemento dell'attività e dell'alimentazione doveva esser fornito alla plebe dalle forze di lavoro impiegate nei mestieri, nel campo del signore, nel terreno concesso in precario. Certo le assegnazioni coloniarie nelle antiche colonie romane, anche quando passano i due iugeri, sono molto basse, mentre i coloni formano nelle terre in cui sono inviati una specie di aristocrazia: ma il fatto che questi lotti sono più bassi che non quelli delle colonie latine, combinato con la circostanza che in media il territorio utilizzabile delle colonie, così romane come latine, in generale si corrispondeva, mentre invece nelle colonie romane si mandano 300 cittadini, nelle latine 3000 e più, rende manifesto, a nostro avviso, che il costume romano era di conservare nelle colonie una larga parte del territorio come agro pubblico, che veniva occupato e tenuto come *possesso*, non a titolo di *proprietà*, ma precisamente dai singoli e in perpetuo. Comunque, per quel che riguarda l'origine del dominio *ex iure Quiritium*, la questione è stata ingrossata. Se la proprietà dei *patres*, cioè la vera fonte dell'istituto, fosse proprietà individuale o gentilizia, tale è il vero punto della discussione.

8. Altro argomento diretto da cui si volle desumere l'originaria proprietà collettiva, o, per meglio dire, familiare,

è la pretesa inalienabilità dell'antica proprietà immobiliare. In realtà questo argomento stesso è ben lungi dall'essere dimostrato. I testi romani provano soltanto che nell'antica età era considerato come un'onta vendere i beni aviti, e chi avesse dilapidato la sua sostanza poteva esser soggetto alla nota censoria (1). Ora in una società agricola nemmeno ai nostri giorni è cosa priva di ignominia spogliarsi delle terre, e tanto meno doveva essere quando al possesso della terra, oltre alla considerazione sociale, andava congiunta anche la posizione elettorale, come era nell'ordinamento primitivo dei comizi centuriati e tributi.

Quanto all'impossibilità primitiva di testare essa è un puro sogno per diritto romano. La solennità del *testamentum calatis comitiis*, addotta a dimostrare i vincoli cui l'atto soggiaceva, dimostra una cosa sola: che il testamento, cui interviene il pontefice (cioè in antico il *rex*), appartiene all'epoca regia.

9. Sia per rincalzare l'argomento precedente, sia per corroborare indipendentemente la tesi dell'originaria proprietà collettiva, si è insistito e si insiste ancora a lungo sul significato di *mancipium* e su quello della formula *familia pecuniaque*, che sembra denotare tutti gli elementi del patrimonio in origine. Si osserva: *mancipium* o *mancipatio*, la forma solenne di alienazione dei beni, deriva da *manu capere;* ciò vuol dire che la proprietà veramente individuale originaria, la proprietà veramente alienabile in quanto è oggetto di mancipazione, consisteva unicamente di cose afferrabili, cioè beni mobili. *Familia*, poi, come è nell'uso classico e come dice la sua derivazione (da *famuli*, servi) significa gli schiavi, *pecunia* (da *pecus*), il gregge: ciò vuol dire che la proprietà individuale originaria non constava se non di schiavi e greggi. Il resto era proprietà collettiva della *gens*. Se non che queste etimologie in parte sono tutt'altro che

(1) Quint., *Inst. or.*, VI, 3, 44; Ascon., pag. 84.

sicure, in parte non dànno il menomo indizio di quel che si vuole dimostrare. *Familia* sembra piuttosto derivare da un radicale *dhaman* che significa la sede, donde è pur derivato *domus*, e il significato di *famuli* è un senso derivato, come quello della nostra parola domestici.

Quanto al *mancipium* più facilmente che all'afferrabilità, la parola allude alla conquista, e precisamente alla conquista del territorio. Nel linguaggio primitivo anche i concetti più astratti sono espressi in un modo molto materialistico e con simboli concreti. Pensare non è altro che il nostro pesare, e la potestà è indicata con la *manus*. Del resto *ager manu captus* è frase comune anche nella lingua classica.

Si è richiamata anche l'usanza antica, ricordata da Valerio Massimo, Servio, Nonio, Plutarco e più largamente da Gellio (1), che tutti i fratelli, cioè gli agnati, continuassero a vivere insieme in un consorzio inseparabile, e per questo *antiquum consortium*, costituente una *societas inseparabilis* paragonabile al comunismo pitagorico, vigeva una designazione oscura: *ercto non cito*. Ora che una più salda unità familiare esistesse in antico è fuori dubbio: ma siffatti accenni non ci dicono nemmeno quanto ci sia di giuridico o coattivo, quanto di sociale e libero in questa consuetudine di vivere o possedere in comune ed è piuttosto ardito interpretare la consuetudine sociale come la sopravvivenza di un precedente stato di cose legale.

Com'è chiaro, questi svariati indizî, oltre ad essere dubbî o evanescenti, non sono univoci e tenderebbero ora a trasportarci in un regime di vera collettività delle terre, ora più modestamente a dimostrare la proprietà familiare.

10. Si è invocato il regime stesso della *limitatio*. Come risulta in parte dalle testimonianze precedenti e dalle stesse allusioni poetiche, le quali sotto questo aspetto pare che

---

(1) Gell., *Noct. att.*, I, 9, 12.

iacquistino un certo valore, la proprietà romana è stretamente connessa alla *limitatio*, il che vuol dire che solo n una certa fase della storia i campi sono stati delimitati olennemente e che inoltre la proprietà è sorta sopra un uolo in precedenza pubblico. E questo argomento, non si uò negare, ha un certo peso.

Si aggiunga che tutto l'ordinamento e il cerimoniale relirioso della *limitatio*, la figura religiosa del *mensor* (l'augure ntico) sembrano alludere ad una provenienza etrusca (1), che parrebbe indizio che anche la proprietà individuale, ome tutti gli elementi dell'antica civiltà romana, è spuntata otto l'influenza etrusca. Se non che la divisione delle terre nediante la *limitatio* noi non l'abbiamo attestata se non ella fondazione delle colonie e nelle assegnazioni di agro ubblico. Ora le assegnazioni coloniarie e le assegnazioni iritane sono fatte esclusivamente a profitto della plebe. Che una simile divisione del territorio sia avvenuta anche n ordine al primitivo agro romano non ne abbiamo nesuna tradizione, benchè sia tramandato che le colonie sono tate fondate sull'immagine di Roma, cogli stessi riti (2) e on manchino indizi (il numero stesso dei senatori, cioè elle famiglie dominanti, che corrisponde a quello dei coloni elle colonie romane, potrebbe esserne un argomento) che Roma abbia avuto le sue origini da una fondazione coloiaria. Ed anche supposto che sia avvenuta una divisione el territorio romano per *limitatio*, ciò potrebbe dimostrare, iù che l'origine, l'esistenza anteriore di un regime di prorietà individuale, secondo il quale i coloni si sarebbero ivisi il territorio.

11. Nel complesso gli indizi diretti e lo stesso sussidio lel diritto comparato non riescono ad illuminare circa l'ori-

---

(1) Varro, *De l. l.*, V, 32, 143; Frontinus, pag. 27, l. 13; Hygin, ag. 166, l. 10; Festus, v. *Rituales; Fr. di Vegoia* citato.

(2) Varro, loc. cit.: Plut., *Rom.*, 11; Dio., I, 88. Cfr. Gell., *Noct. Att.*, 6, 13, 9.

gine della proprietà romana, vale a dire circa la sua struttura primitiva.

La chiave delle origini è, a nostro avviso, nell'analisi della struttura interna di ciascuna istituzione, illuminata dalla tendenza dell'evoluzione nelle sue fasi storiche documentate: è mediante l'analisi della proprietà classica, della stessa proprietà giustinianea che si potrà pervenire ad una conclusione concreta, positiva, ad un risultato veramente scientifico, che alcuni degli indizi precedenti servono forse a colorire, ma appena si può dire che valgano a corroborare.

Le definizioni della proprietà, anche elaborate con la maggior finezza scientifica dai romanisti moderni, soffrono di un vizio insanabile. Vi ha nello stesso diritto romano giustinianeo, e più vi avea nel diritto romano classico, una serie di signorie generali sulla cosa, alle quali i Romani con immutabile costanza rifiutavano il nome di proprietà, mentre il nostro linguaggio, anche nell'uso scientifico, le chiama proprietà e quelle definizioni effettivamente le ricomprendono. Donde questo impulso istintivo, che ci mette in contrasto con l'uso delle fonti? Donde questa impossibilità di fissare il concetto romano del dominio?

La proprietà romana, esaminata nel fondo, che ne rappresenta l'espressione più completa, e, a mio avviso, contrariamente a quello che porta a credere la funesta preoccupazione del diritto germanico, il tipo originario, offre una serie di caratteri specifici, alcuni dei quali appartengono per vero al suo tipo classico e anche quiritario, ma altri si mantengono nello stesso diritto giustinianeo. Questi caratteri non sono propriamente economici, ossia non è la funzione economico-sociale del dominio che crea e giustifica questi elementi della sua struttura; essi si ricollegano evidentemente ad un'altra funzione che spetta allo storico di indagare quale fosse, ricomponendo e ravvivando questi elementi. È ufficio del giurista dommatico lo studio anatomico del diritto; ma chi ne studia la genesi, come chi ne studia, per dir così, la fisiologia sociale, deve giovarsi

lei dati offerti dal giurista. Noi non possiamo designare
questi elementi col nome di sopravvivenze, perchè essi
ıanno un carattere fondamentale, non sono regole di diritto
singolare: possiamo invece denominarli « caratteri formali o
regole formali », intendendo esprimere appunto con questa
ocuzione (secondo un uso comune, per quanto non chiaro
iè cosciente, e spesso fonte di malintesi) che queste regole
ıon hanno base e giustificazione adeguata nella funzione
sostanziale odierna del dominio, cioè nella funzione eco-
ıomica.

Enumeriamo questi caratteri.

I. Il fondo di proprietà del cittadino romano aveva
ıell'antica età confini santi, segnati mediante il cerimoniale
solenne e sacro della *limitatio* e uno spazio libero, per lo
meno di cinque piedi intorno ai confini (*iter limitare* in cam-
pagna, *ambitus* in città), come l'*urbs* nel suo pomerio attorno
ılle mura; e come le mura e il pomerio anche i limiti dei
fondi si annoverano tra le *res sanctae* escluse dalla pro-
prietà privata. I territori non limitati, *agri arcifinii* (da *arcere*
fines), tenuti dai cittadini, rivelano per questa sola qualità
di non esser dominio privato, bensì parte dell'*ager publicus*;
essi hanno confini naturali (monti, fiumi, versanti) o anche
confini artificiali (come fossi, filari di alberi, siepi), ma non
fissati col sacro cerimoniale della *limitatio*, non racchiusi
nettamente entro quei santi *limites*, che conferivano al fondo
quasi il carattere di un'unità territoriale.

II. La proprietà romana è veramente nelle origini
signoria assoluta, cioè *illimitata internamente*; e appunto
a proprietà fondiaria, sulla quale, per le necessità della
coesistenza sociale, le limitazioni sembrano naturali e ine-
vitabili, era in guisa tale concepita e ordinata da respin-
gere qualunque limitazione, qualunque straniera influenza
nel suo chiuso recinto; il concetto e il complesso delle
limitazioni nei rapporti tra vicini (le cosiddette servitù legali)
sono propriamente stranieri all'antico diritto romano.
Financo alle necessità imprescindibili del passaggio attra-

verso fondi altrui provvede il regime speciale dei *limites* o *rigores*, che segnano i confini dei singoli fondi limitati. La struttura antica dei rapporti di vicinanza nei singoli istituti ci presenta un regime di gelosa tutela dell'indipendenza rispettiva, non un regime di mutua dipendenza; è il concetto negativo della libertà, non il concetto positivo della solidarietà che ispira l'antico regime (1).

Gli stessi diritti volontariamente costituiti sulla cosa propria a favore di altri (enfiteusi, superficie, uso o usufrutto, principalmente tutta la massa della servitù), via via che si risale indietro, spariscono.

III. La proprietà romana, come respinge ogni influenza straniera, così ha *virtù assorbente* nel suo chiuso e intangibile recinto: acqua, metalli, tesoro, piante, edifici, tutto appartiene al proprietario del fondo. Il concetto dell'accessione, che rappresenta questo principio, è un carattere organico, una norma assoluta, non già una norma dispositiva, come nel diritto odierno. Una proprietà separata del seme o della pianta dal terreno, dell'edificio dal suolo o dei diversi piani dell'edificio (per non ricordare che queste specie più appariscenti e perduranti) erano assurdità contro natura per un intelletto romano.

IV. Il fondo romano è *immune*, franco e libero da ogni peso, sia pubblico, sia privato. Pare quasi che la proprietà si affermi di fronte alla sovranità stessa dello Stato. Il *tributum*, durato fino alla conquista della Macedonia (anno 166 a. C.), era personale; si pagava bensì *secondo* i beni, ma non sulla proprietà. Questo carattere è talmente

---

(1) Il regolamento delle acque stabilito dall'*actio aquae pluviae arcendae* nella sua forma antica è diretto — come il nome stesso (*aquam arcere*) esprime — non a procurare il godimento dell'acqua scaturente nel fondo vicino, bensì a tutelare il fondo inferiore dall'invasione dell'acqua per opere fatte nel fondo superiore, e a garantire sotto questo aspetto la libertà dei fondi, assicurando il decorso naturale delle acque, che devesi tollerare. Tale è pure lo spirito dell'obbligo prescritto di tagliare le radici degli alberi che si spingono nel fondo altrui, e i rami sporgenti, per lo meno sino all'altezza di quindici piedi.

ssenziale che una imposizione o un qualunque onere sul ondo cancella il dominio; ciò avvenne su vasta scala nei ondi provinciali obbligati al tributo o allo stipendio verso 'imperatore o verso il popolo romano, ciò avveniva circa fondi obbligati a un *vectigal* o *canon*. L'imperatore, il opolo romano, il titolare del *vectigal* si considerano come roprietarî; il godimento, sia pur pieno e perpetuo che erbano i possessori, si diceva *possessio*, o, nella completa ormula ufficiale, *uti frui possidere, habere possidere frui*.

V. La proprietà romana è infine *perpetua*: vale a dire, ion si può costituire un diritto di proprietà a tempo, fissando, er esempio, che, dopo un certo tempo, esso ritorni *ipso ure* all'alienante, secondo il concetto della revoca reale.

Era adunque la proprietà genuina del popolo quirite un iritto sulla cosa illimitato nello spazio e nel tempo; diritto he sul fondo ha tutto il carattere, tutto lo spirito di una era sovranità territoriale. chiusa in se stessa e indipen- lente. Il fondo è il territorio, la sede della famiglia: l'*ager* lel quirite e *paterfamilias* è il perfetto parallelo dell'*ager omanus*. Come il territorio allo Stato, così la proprietà uiritaria appartiene al titolare sino al limite politico della onservazione e della difesa, non già sino al limite eco- iomico della utilizzazione.

12. L'evoluzione storica ha logorato gli enunciati prin- ipî, ma non li ha tutti pienamente obliterati.

a) L'antico rapporto tra proprietà e fondo limitato si scura via via che le leggi agrarie ed il tempo dànno la san- ione e il titolo del dominio all'occupazione regolare e irrego- are del suolo pubblico; l'*ager arcifinius* acquista col tempo la revalenza sull'*ager limitatus*, e nell'epoca romano-ellenica a distinzione delle due categorie di fondi non ha più valore.

b) Il carattere di assoluta indipendenza, che faceva del ondo romano nel diritto antico quasi un territorio poli- ico, si attenua alquanto nel diritto classico: s'iniziano e vere limitazioni della proprietà imposte dall'autorità

suprema e spuntano le prime servitù, il passaggio e l'acquedotto, alle quali altre ne succedono via via, rimanendo però nel diritto classico le servitù sempre tipiche, scarse e solennemente costituite.

Ma un vero torrente di limitazioni del dominio sopravviene all'epoca romano-ellenica: penetra allora nel geloso recinto della proprietà romana un nuovo spirito ed una tenerezza talora eccessiva pei riguardi della coesistenza; l'antica indipendenza dei fondi, l'antica tutela della libertà vanno distrutte, il criterio della socialità è sostituito al criterio puramente negativo della *immissio*, in modo che anche dove una limitazione espressa non sussiste, la funzione schiettamente economica impone una interpretazione conforme, come è nella questione dei limiti della proprietà sullo spazio aereo e sul sottosuolo. Cresce infine la serie dei diritti liberamente consentiti sulla cosa propria, dei *iura in re*, ed anche le forme con cui solennemente si costituivano le servitù sul fondo si riducono al mero consenso del proprietario o alla presunzione di consenso.

c) La forza assorbente del dominio romano, per la quale tutto ciò che fa corpo col fondo è acquisito al fondo stesso, viene diminuita nell'efficienza. Il tesoro dapprima, più tardi i minerali e le acque conseguono un regime speciale. La necessità di rimediare alle conseguenze anti-economiche dell'assoluta rigidezza del principio fa sorgere l'istituto della *superficies*. Ma la costruzione del diritto reale di superficie, il *ius tollendi* e altri particolari temperamenti (alcuni dei quali veramente mal si conciliano colla persistenza di un principio organico) appartengono al diritto giustinianeo: e solo nel diritto moderno, divelto come principio organico e assoluto il concetto (così radicato nell'idea romana) dell'accessione dell'edificio al suolo, la superficie è proprietà.

d) L'immunità cessa pei fondi italici con Diocleziano (anno 292 d. C.), e con la scomparsa di quest'altra caratteristica della proprietà romana viene precisamente a mancare la base della separazione di essa dalla *possessio* dei

fondi provinciali, che Diocleziano per la prima volta chiama senz'altro proprietà: onde Giustiniano abolisce espressamente la distinzione tra fondi italici e fondi provinciali. Ma resiste l'incompatibilità di imposizioni private gravanti sulla proprietà, ossia di quelle che abbiamo visto esser designate dai moderni col nome errato dal punto di vista romano di *obligationes propter rem;* laonde il diritto sull'*ager vectigalis*, modello della più tarda enfiteusi, non è proprietà, benchè il *dominium* — o, come diremmo noi, il dominio eminente — non abbia quasi altra ricognizione che il pagamento del *vectigal*.

Resa invece la proprietà, nel diritto medioevale, passibile di censi, livelli, rendite fondiarie, ecc., simili istituti divengono anch'essi proprietà e tali durano ove si serba un simile ordinamento.

e) Quanto, infine, alla perpetuità del dominio, essa resiste pienamente sino a Giustiniano, a cui è da attribuire l'introduzione dell'istituto della revoca reale e la libera costituzione della proprietà *ad tempus:* il che non rende incompatibile la sopravvivenza del diritto di usufrutto solo perchè esso è stato via via ordinato con limiti e obblighi speciali. Nell'êra moderna alcuni diritti coloniari riconoscono come regime legale la proprietà temporanea (99 o 100 anni) e le nuove forme di proprietà intellettuale, il vero frutto del lavoro, sono essenzialmente temporanee.

13. Questo sguardo ai caratteri del dominio romano e al loro destino storico ci schiude l'essenza vera del dominio romano e quindi ci mena sulla via delle origini.

La differenza tra il dominio vero e proprio e le altre signorie generali sulla cosa non è stabilita da una ragione sostanziale, economica (la signoria più generale, l'utilizzazione più completa, l'astrattezza e indeterminatezza del contenuto, l'elasticità e simili), bensì da una ragione concettuale e giuridica, che per ciò solo tradisce la sua natura storica: il dominio *ex iure Quiritium* si differenzia dalle altre

signorie generali sulla cosa per l'*eminenza* su di esse, cioè per il fatto che queste sono ad esso subordinate, presuppongono l'esistenza della proprietà, sono diritti sulla cosa altrui, derivano da un rapporto col proprietario: si può dire (adoperando una parola del linguaggio feudale, nei rapporti tra signori e vassalli) che *rilevano* dal proprietario.

I vaghi indizi *diretti*, che abbiamo in principio riferito, hanno servito, integrati con molta fantasia, a disegnare una evoluzione della proprietà romana corrispondente in tutti i suoi tratti a quella della proprietà germanica: proprietà collettiva del villaggio, possesso prima annale, poi oltreannale, ma sempre temporaneo, attribuito alle famiglie sui singoli lotti, consolidazione graduale di questo possesso nelle famiglie, ecc.

Tuttociò è un puro sogno. Il diritto romano ha seguìto, come appare, un cammino profondamente diverso. Se la proprietà individuale dei popoli germanici serba nei vincoli e nei limiti numerosi, nel suo carattere subordinato e frastagliato, le traccie della sua dipendenza dalla marca, nel diritto romano la proprietà ha sempre conservato il suo carattere sovrano. Ciò rende manifesto che essa non è derivata dallo Stato-città, ma è preesistente ad esso; però dovrebbe esser pure manifesto che essa non può essere diritto individuale, anzi nemmeno diritto di proprietà, perchè non è ordinata prettamente per finalità economiche. Si giunge anche con questo metodo al risultato che la *proprietà primitiva è proprietà gentilizia*, ma vi si giunge con rigore scientifico, che ci permette di raffigurare dai suoi tratti la essenza originalissima di questa proprietà, la quale è più sovranità che dominio, e dev'essere quindi nata sul fondo e sugli elementi del fondo, non sulle cose propriamente mobili. Come lo Stato-città ha proseguito l'opera di disgregazione delle *gentes* e le ha ridotte alle famiglie classiche, così ha proseguito la stessa opera di disgregazione del territorio gentilizio, favorendo la divisione della proprietà gentilizia: l'*actio familiae erciscundae* è un'istituzione decem-

virale. Ma ciò posto, la proprietà nuova, classica, incentrata nel *paterfamilias*, non essendo una concessione o una subconcessione della *gens*, bensì una divisione del territorio gentilizio tra più sovrani, favorita dallo Stato, ha conservato gli stessi caratteri della proprietà gentilizia. L'opposizione tra proprietà germanica e proprietà romana si può riassumere nei due assiomi seguenti: *a*) la proprietà individuale germanica è il possesso consolidato ed elevato via via a dominio; la proprietà individuale romana è la sovranità territoriale smussata e via via ridotta a dominio; *b*) la proprietà individuale germanica ha per suo tipo e punto di partenza i mobili; la proprietà romana si può ben dire che abbia per suo tipo e punto di partenza la terra, il fondo.

14. Ma vi ha nel diritto romano classico una distinzione di beni veramente fondamentale e da giureconsulti e non giureconsulti presentata come fondamentale, una distinzione il cui significato, dopo una serie numerosissima di vani conati, fu ritenuto un problema insolubile, in guisa da costituire, accanto al famoso adagio *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, per unanime consenso dei massimi cultori del diritto romano (Jhering alla testa nel secolo XIX) un vero enimma. E d'altra parte è esattissimo ciò che un illustre comparatista, il Sumner Maine, asseriva, che la storia della proprietà romana è la storia dell'assimilazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* (1). Invero, via via che si risale verso l'origine di cotesta distinzione, la differenza tra le *res mancipi* e *nec mancipi* appare più profonda, più grave, ma tuttavia la distinzione ha una strana e tenace vitalità anche nei secoli più tardi; indizio anch'esso di una vita rigogliosa e feconda nell'origine sua. Ora l'analisi interna di questa concreta distinzione, la valutazione dei suoi elementi giuridici e della storica involuzione di ciascuno, che, pur non giungendo mai per nessuno alle origini, si può seguire per

---

(1) Sumner Maine, *Ancien droit*, trad. fr., Paris 1884, pag. 257.

più secoli, offre, a mio credere, una delle più luminose applicazioni del metodo organico o naturalistico nelle indagini storico-giuridiche; un'applicazione feconda nel diritto romano e fuori del diritto romano, poichè apparirà, io credo, come legge universale che la storia della proprietà in qualunque diritto non si può fare uniformemente per ogni oggetto, che correnti ed esigenze diverse agiscono sull'ordinamento del dominio secondo gli oggetti e in certe fasi storiche vi ha un abisso tra due forme di proprietà contemporanee.

Con questo animo noi prendiamo a trattare delle *res mancipi* e *nec mancipi* e delle molteplici questioni attinenti.

Capitolo I.

Prospetto delle fonti e posizione delle questioni sulle " res mancipi „ e " nec mancipi „.

1. La classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* ci è tramandata da Gaio, Ulpiano e Papiniano. Citiamo i luoghi in proposito:

Gai., I, 120. « Eo modo (scil. per aes et libram) et serviles et liberae « personae mancipantur; animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in « numero habentur boves, muli, equi, asini; item praedia tam urbana « quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem « modo solent mancipari ».

Gai., II, 14 *a* 17. « [Omnes autem res aut mancipi sunt aut (1)] nec « mancipi. Mancipi s(unt velut fundu)s (in Italico solo), item aedes in « Italico solo, (item servi et ea animalia, quae collo dorsove domari « solent, velut boves, equi, muli, asini; item servitutes praediorum « rusticorum. Nam servitute)s praediorum urbanorum nec mancipi (sunt). « Item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt. Sed quod « diximus (ea animalia, quae domari solent) mancipi esse (quomodo « intelligendum sit, quaeritur, quia non statim ut nata sunt domantur. « Et nostrae quidem scholae auctores) statim ut nata sunt, mancipi « esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores « non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter

(1) Diversamente tutti gli editori di Gaio; ma v. sotto, pel tenore dell'integrazione, il testo delle *Regulae* di Ulpiano, le quali, com'è noto, ricalcano le Istituzioni gaiane.

« nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri ea mancipi esse
« incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, qua domari solent. (At)
« ferae bestiae nec mancipi sunt velut ursi, leones, item ea animalia,
« quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli, et ideo
« ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari
« so[le]nt: nam n(e nomen) quidem eorum animalium illo tempore (notum)
« fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse, quasdam nec
« mancipi. Item fere omnia quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt,
« exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse
« constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium ».

Ulp., XIX, 1. « Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Man-
« cipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus,
« quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum veluti
« via, iter, actus, aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae collo
« dorsove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec
« mancipi sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur,
« nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt ».

Fr. Vat., 259. (Pap.) « Mulier sine tutoris auctoritate praedium sti-
« pendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfe-
« ctam in praedio ceterisque rebus (nec manc)ipii (1) donationem esse
« apparuit, servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur,
« usu non capta ».

Adunque nelle principali fonti giuridiche antegiustinianee abbiamo la distinzione delle *res m.* e *nec m.* posta come divisione fondamentale delle *res in commercio* e la enumerazione precisa delle *res mancipi*, identica negli oggetti, salvo la lieve controversia tra i Sabiniani e i Proculeiani ricordata solo da Gaio; fondi rustici e urbani *in solo Italico*, cioè nei luoghi di diritto italico, sì in Italia, sì fuori d'Italia, servitù rustiche, schiavi, buoi, cavalli, muli, asini.

Gli stessi autori, Gaio, Ulpiano (Papiniano nel solo luogo citato), ai quali si aggiunge ne' Frammenti Vaticani anche Paolo, fanno più volte menzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* relativamente ai varî effetti giuridici delle medesime: più particolareggiatamente se ne discorre in Gaio, la fonte giuridica, tra quelle, più antica, più sistematica e copiosa (2).

---

(1) È il solo testo, in cui si trova questa forma.

(2) (Oltre ai luoghi inseriti nel testo): Gai., I, 192; II, 18-21; 22; 26-27; 40-42; 43; 47; 80-85; 204. — Ulp., XI, 27; XIX, 3; 7; 8; 9; 16; 17. — Paul., in Fr. Vat., 1 (se Paolo n'è l'autore, come par certo); 45; 47*a*; 311.

Ma la distinzione appare nota a tutti i giureconsulti romani sia dell'età più antica, come di una età più tarda (dei quali gli scritti perirono, almeno nel loro stato integro) e forma argomento di discussione e di divergenza tra le due scuole de' Proculeiani e de' Sabiniani. Per l'età più antica ricorda Paolo in proposito i *Veteres*, Sabino e Cassio, Labeone, Proculo e Celso, Giuliano (1); Gaio da un lato quei della sua scuola, dall'altro lato Nerva, Proculo e i seguaci della scuola proculeiana (2). Per il diritto d'un'epoca tarda ci restano due costituzioni dell'imperatore Diocleziano, inserite ne' Frammenti Vaticani (3).

Infine ci soccorrono per il nostro soggetto anche i numerosi passi relativi al *mancipium* o alla *mancipatio*, come l'istituto che ha la più diretta attinenza colle *res mancipi* e *nec mancipi*.

In altre fonti più antiche, che sotto un certo rispetto si possono considerare come giuridiche, abbiamo pure menzionate le *res mancipi* e *nec mancipi* e accennati oscuramente taluni effetti della distinzione; e sono le orazioni e gli scritti retorici di Cicerone (4). E l'ultimo ricordo della distinzione anteriore alla legge abolitiva di Giustiniano è appunto ne' commenti giuridici di Boezio ai *Topica* di Cicerone (5).

Nelle fonti puramente letterarie e storiche non è mai fatta parola delle *res mancipi* e *nec mancipi* (6). Solamente dell'uso del *mancipium* o della *mancipatio*, come modo di acquisto della proprietà, si fa più volte menzione. Ma i

---

(1) Fr. Vat., 1.

(2) Gai., II, 15.

(3) Fr. Vat., 293; 313.

(4) Cic., *pro Mur.*, 2, 3; *pro Fl.*, 32, 79-80; *Top.*, 5, 28.

(5) Boeth., *ad Top.*, III, 5, 28; IV, 10, 45. — Abolizione: l. un. § 5, C., *De us. transf.*, 7, 31 (*a.* 531).

(6) Fa eccezione unicamente Prisciano, il quale però, come vedremo, esamina l'espressione soltanto sotto l'aspetto grammaticale.

In Plinio si trova accennato alle *emptiones mancipi* (*Hist. Nat.*, 33, 3, 13).

letterati anche su questo punto non giovarono, anzi vennero piuttosto ad aumentare le difficoltà e traviare le menti sulla relazione tra la *mancipatio* e la distinzione: poichè non sempre, come nelle Commedie plautine e in Cicerone, cotesta forma, riferita a cose determinate, parve applicata o applicabile a quegli oggetti, che vanno compresi sotto la categoria delle *res mancipi*: e testimonianze discordi in vario senso dalle fonti giuridiche, ma dubbie e isolate, furono tratte da Varrone, Plinio, Tacito.

2. Ora, siccome la materia è delle più intricate, ci si conceda, nel proporre le varie questioni, di accennare eziandio la nostra posizione rispetto alle fonti in ciascuna di quelle.

Prima di ogni cosa osserviamo che nè Ulpiano nè Gaio ci dicono la ragione e il fondamento o ci dànno lume circa l'origine della nostra distinzione. Gaio, per vero, là dove tratta del divieto imposto alle donne soggette a tutela legittima di alienare una *res mancipi* senza l'*auctoritas* del proprio tutore (1), sembra riporre questa ragione nel pregio superiore delle *res mancipi*, che è, secondo lui, motivo del divieto « ne alienatis *pretiosioribus rebus* minus locuples ad eos hereditas perveniat ». Il testo è grave e merita maggior considerazione e riguardo che non gli sieno stati finora consacrati; ma certo il rilievo di questo carattere delle *res mancipi* è fondamento insufficiente, e può legittimamente suscitar qualche dubbio, almeno per i tempi in cui Gaio lo esprime. Certo Ulpiano, enumerando quelle che al suo tempo erano veramente *res pretiosiores*, menziona le perle, gli ornamenti preziosi, le vesti seriche, e non una delle *res mancipi* (2).

---

(1) Gai., I, 192.

(2) Fr. 32, § 1, D. *de evict.*, 21, 2. Veramente la *stipulatio duplae*, di cui si parla in quel testo, nelle *res m.* è di regola inutile. [Il testo di Ulpiano per altro potrebbe ora eccitar sospetto circa la sua genuinità. Notiamo piuttosto la posizione quasi bizzarra delle cose quale risulta dal testo citato di Papiniano (*Fr. Vat.*, 259). La donazione eseguita dalla

Per quel che riguarda il valore dell'espressione e l'origine storica della distinzione abbiamo parimente solo un passo di Gaio, in cui il giureconsulto, enunciando il principio che *res mancipi* sono quelle cose che si trasferiscono con la mancipazione, corrobora questo suo concetto, che è il concetto classico della distinzione, con un argomento etimologico e storico. «Unde etiam mancipi res sunt dictae» (1). L'inciso di Gaio sembra accennare ad un'origine delle *res mancipi* in relazione colla *mancipatio;* ed in questo senso sono diretti gli sforzi della maggior parte dei giuristi per iscoprire l'origine della partizione. Ma qual valore ha questo inciso? Esso contiene una etimologia e una testimonianza storica; l'una e l'altra non possono accettarsi senza prima esser vagliate e pesate dalla critica. E per la prima è noto con quale incredibile leggerezza procedessero gli antichi nell'indagare l'origine delle parole: filosofi e giuristi (è una tendenza, che dura anche oggidì) ricorrevano all'etimologia per illustrare e stabilire il concetto della parola al tempo loro. Ora l'etimologia non si presta a ciò. L'etimologia non ci dà la *vis nominis*, il concetto odierno, come ritenevano gli antichi, probabilmente per l'influenza della dottrina stoica che le parole siano l'immagine perenne delle cose: il concetto etimologico non risponde sempre al concetto con cui una parola una espressione si fissa poi nella lingua, poichè v'ha nel contenuto ideale delle parole un processo di evoluzione e di dissoluzione, per cui il significato, la portata della parola, dell'espressione continuamente si allarga, si restringe, si altera, si esaurisce perfino. Mirando allo scopo, che abbiamo detto, filosofi e giuristi non solo, com'è naturale, non seguirono veruna regola nella trasformazione e nella evoluzione delle forme, ma si mostrarono assoluta-

---

donna senza l'*auctoritas* del proprio tutore è *immediatamente* perfetta circa i fondi, perchè provinciali e *nec mancipi:* per una qualunque bestia da tiro o da soma essa non giova nemmeno come *iusta causa* per condurre all'acquisto della proprietà mediante l'usucapione!].

(1) GAI., II, 22.

mente privi di tatto e d'intuizione filologica, e persino, quello che è veramente mirabile, contrastarono bene spesso all'indole della lingua loro (1). Delle numerose etimologie di Varrone ben poche si possono mantenere; di quelle trasmesse dai giuristi non ve n'ha forse una sola pienamente accettabile, se non vogliamo che quest'unica sia la presente (2); sicchè il nome che alla scienza etimologica diedero gli antichi stessi riesce una meravigliosa ironia, come era tutta codesta scienza fino al secolo nostro.

Quanto alla presente etimologia, oltrechè per essa si viene a creare una espressione che non è latina, perchè il genitivo non si usò mai nella lingua latina in senso aggettivale o attributivo, è assai notevole il fatto che, mentre è ritenuta universalmente dai puri giuristi, ripugna agli storici e ai giuristi filologi, i quali furono naturalmente tratti ad abbandonarla.

Poco è a dire circa il valore del passo di Gaio come testimonianza storica. Anche su questo proposito è noto come gli antichi, quando la vera tradizione era perduta, molto volentieri ne creavano taluna immaginaria, seguendo i concetti dell'epoca loro. La ricostruzione del passato è malagevole anche oggidì per il pericolo che si corre d'introdurvi elementi del presente; ciò tanto più doveva essere nell'antichità, quando questo pericolo non solo non era fuggito, ma spesso di proposito per ammaestramento o lusinga si cercava d'introdurre nel passato i sentimenti e le idee del presente.

Anche riguardo all'epoca, in cui la distinzione ebbe origine, abbiamo pochi elementi positivi. Il medesimo Gaio,

---

(1) Ricordiamo un caso dei tanti: l'etimologia di *testamentum* da *testatio mentis*, la quale è non solo linguisticamente assurda, ma contraria alla latinità, perchè sarebbesi detto in latino *mentis-testatio*, come *senatusconsultum*, *plebiscitum*, *etc.*

(2) Cfr. tutto il Tit. *De verborum significatione* (D., 50, 16), dove, mentre pure si mostra dai giureconsulti una grande finezza nello stabilire i concetti del tempo loro (fr. 71, 89, 235, ecc.), tutte quante le etimologie o sono assolutamente false e talora stravaganti o non sono etimologie (fr. 31, 59. 110, 189, 239, § 1, 6, 7, 8, ecc.).

nell'assegnare la ragione perchè tra le *res mancipi* non fossero compresi « *ea animalia, quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli* » si esprime nei seguenti termini: « Nam ne nomen quidem eorum illo tempore notum fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse, quasdam nec mancipi » (1); con che la distinzione sembra riportata a un'epoca anteriore alla battaglia di Eraclea (474 u. c. 280 a. C.).

Da un altro passo di Gaio pare che la distinzione fosse già nota al tempo delle XII Tavole (2). Pure anche il valore di questo passo fu revocato in dubbio.

La sola cosa che par certa è l'enumerazione tassativa delle *res mancipi*. Tuttavia anche su questo punto nacquero dei dubbî, dapprima in senso estensivo, reputando la enumerazione come esemplificativa, poichè nelle fonti stesse si discorre di mancipazione d'altre cose o persone (hereditas sive familia, filii familias, uxor), ma più particolarmente in base a due passi di Plinio, in cui si vuol vedere una mancipazione di perle, e un passo di Tacito, in cui sembra che si parli della mancipazione di una statua (3); dipoi in un senso contrario, perchè Varrone sembra considerare la *traditio* come modo d'acquisto della proprietà di talune *res mancipi*, cioè gli animali da tiro e da soma (4).

Finalmente gravi dubbî si aggirano circa gli effetti della partizione nel diritto classico, dei quali si discorre abbastanza diffusamente nelle nostre fonti principali, Gaio, Ulpiano e Frammenti Vaticani, e specialmente circa il rapporto giuridico della *mancipatio* colle *res mancipi* e *nec mancipi*.

Su tutti questi punti ferve la controversia.

Riepilogando, noi possiamo distinguere una duplice serie di questioni: le une di carattere storico-giuridico, e sono

---

(1) Gai., II, 16.

(2) Gai., II, 47. « (Item olim) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, « res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore « (auctore) traditae essent: idque ita lege XII tabularum cautum erat ».

(3) Plin., IX, 35, 117 (58); IX, 35, 124 (60): Tac., *Ann.*, I, 73.

(4) Varr., *De r. r.*, II, 7, 6; II, 8, 3.

quelle riguardanti il valore dell'espressione, l'enumerazione delle *res m.*, l'epoca in cui sorge questa distinzione, le quali si subordinano e si aggruppano intorno alla questione principale sul concetto della distinzione, cioè sul fondamento razionale e sulla origine storica della medesima; le altre di carattere essenzialmente giuridico, e sono quelle riguardanti gli effetti della partizione nel diritto classico e specialmente il suo rapporto colla *mancipatio*. Di queste ultime noi ci occuperemo tracciando lo sviluppo storico del concetto nei suoi singoli elementi.

Capitolo II.

Stato della dottrina sulle " res mancipi ,, e " nec mancipi ,, (1).

I. — Sul significato dell'espressione " res mancipi ,, e " nec mancipi ,,.

1. Un punto, sul quale concordano generalmente gli scrittori è il seguente: che *mancipi* non sia un *nomen ἄπτωτον*, ma il genitivo contratto del vocabolo *mancipium*. L'opinione fu stabilita per la prima volta dal Vossio (2); non sembra però che nessuno ne abbia dubitato prima, come nessuno ne dubitò ai nostri giorni, salvo il Christiansen, di cui è affatto isolata l'opinione, che fa di *mancipi* il passivo di un immaginario verbo *mancipere*.

Le divergenze incominciano sul significato, che ha in codesta espressione la parola *mancipium*: giacchè il senso originario di questa parola è base a molte teorie sul fondamento e sulla origine della distinzione. L'antico vescovo Isidoro, basandosi sull'evidente etimologia del vocabolo, si esprime così: « Mancipium est quidquid manu capi subdique

---

(1) [Lo stato della dottrina è esposto fino al 1888. Delle opinioni posteriori, cioè in generale delle oscillazioni sui singoli punti manifestatesi di fronte alla mia teoria, credo più opportuno tener parola nello svolgimento di questa].

(2) Vossius, *De arte gramm.*, III, 46.

potest » (1). Calcagnino ritiene l'interpretazione d'Isidoro « id quod manu capitur » (2), la quale ebbe grande influenza nelle teorie più antiche. Caronda la modifica: « Mancipium pro dominio a Latinis usurpari solet, quod a servis profectum videtur, qui mancipia dicebantur quasi manu capta fuissent » (3). Lo Schulting opina pure che *mancipium* significhi nel caso nostro la *proprietas vera iure civile probata* (4). Ma il primo a porre risolutamente codesta opinione che *mancipium* nell'espressione *res mancipi* non sia che il genitivo di *mancipium* proprietà, fu il Niebuhr (5); la seguirono filologi, storici e giuristi-filologi: il Giraud, il Rein, il Lange, il Lattes, il Padelletti, il Carle ed infine il Maynz.

Hommel e Gibbon, inaugurando una delle teorie più in voga, interpretarono il *mancipium* di *mancipi* nel senso del bottino di guerra (id quod bello ac manu capitur) (6). Seguirono codesta idea il Manhayn, il Jhering, il Böcking, il Puchta, l'Eisendecher, il Rudorff, lo Schröter, il Danz ed ancora altri, per i quali *mancipium* significa o la preda stessa o l'acquisto della preda, l'*adprehensio* o l'*occupatio bellica* o la compera solenne fattane dal popolo, che dà poi il nome alla forma solenne del *mancipium*, come modo legale di alienazione delle *res mancipi*.

Il Lattes combina il concetto del bottino con quello della proprietà, asserendo che, « nell'antichissimo gius romano, proprietà erano soltanto le cose tolte ai nemici » (7). E v'ha

---

(1) Isid., *Orig.*, IX, 4, 45.

(2) Calcagninus, *De V. S.* in Opp. Bass., 1544, pag. 354.

(3) Charonda, *Notae ad Ulpianum*, XIX, 1, in *Tractatu Tractatuum*, I, pag. 275.

(4) Schultingius, *Iurispr., vetus antejust. Notae ad Ulpianum*, XIX, Lips. 1737, pag. 618.

(5) Niebuhr, *R. G.*, 3ª ediz., pag. 503.

(6) Hommel, *Diss. conjecturae de orig. divis. rer. in m. et nec m.*, Lips. 1744, e *Opusc.*, Baruth. 1785, I, pag. 443. — Gibbon, *The history of the decline of roman Empire*, London 1872, pag. 304.

(7) Lattes, *Rendiconti Ist. Lombardo*, 1868 (*Manceps, manubiae, res mancipi*).

pure una strana etimologia del Montanari, secondo il quale *mancipium* deriva da *manum*, antica parola per *bonum*, come dice Probo, e *cupio*, significando il buono desiderabile o desiderato; opinione, che, per quanto strana, trovò pure un seguace, il Veralli (1). Però l'opinione comune, espressa o ritenuta implicitamente dagli scrittori, è che *mancipi* sia il genitivo di *mancipium* nel senso più generale del negozio giuridico, che è forma di alienazione speciale per le *res mancipi*, cioè la *mancipatio*.

II. — Sulla enumerazione delle " res mancipi ".

2. Si è discusso anche sulla enumerazione delle *res mancipi*. L'elenco delle *res mancipi* è tassativo ovvero esemplificativo? E se pure è tassativo per l'epoca di Gaio e di Ulpiano, fu identico in tutte le epoche anteriori? La prima questione ha carattere meramente esegetico e un tempo fu alquanto viva, ora non più, specialmente dopo la scoperta delle nuove fonti; la seconda ha carattere storico e spunta invece nel nostro secolo. La prima si riconnette col fondamento razionale della distinzione, la seconda con la sua origine storica.

Veniamo alla prima questione. Isidoro (il vescovo di Siviglia del VII secolo, grammatico, storico, filosofo, teologo, e, pare, anche giurista) non capì, almeno sembra, il passo di Gaio, ove è esposta con molta chiarezza la controversia tra i Proculeiani e i Sabiniani riguardo agli animali *mancipi* (2), e pertanto estese il catalogo delle *res mancipi* con una sentenza ispirata allo stesso criterio di distinguere tra *animalia domita* e *non domita*, ma cadendo in molteplici errori. Di più lo stesso Isidoro col suo concetto vago e confuso delle *res mancipi* diede la mossa a un'estensione

(1) Montanari, *Arch. giur.*, X, 1872, pag. 351. — Veralli, *Istituzioni*, Napoli 1887, pag. 180.
(2) Gai., II, 15.

successiva. « Mancipium est quidquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, *ovis* (boves?); haec enim animalia (intendasi bene: l'*equus* e l'*ovis* o i *boves*) statim ut nata sunt mancipium esse putantur. Nam *et ea, quae in bestiarum numero sunt, tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperunt* » (1).

Seguendo il vago concetto d'Isidoro, gli scrittori più antichi tendono ad estendere il catalogo delle *res mancipi* a tutte le cose corporali o a tutte le cose mobili (Glossatori, Calcagnino, Caronda, Gravina).

Cuiacio fu il primo ad allargare la cerchia delle *res mancipi* secondo un concetto determinato: egli in base a due luoghi famosi di Plinio e al fr. 37, § 1, D. *De evict. et duplae stip.*, 21, 2, volle comprendere in quella categoria ogni cosa preziosa « quae veneat auro contra vel auro supra, de qua evictionis nomine duplum promitti oportet » (2).

Il Bynkershoek crede pure che l'elenco di Ulpiano non sia tassativo, e che altri oggetti preziosi fossero pur *mancipi;* delle perle non dubita, e altrimenti dichiara di non intendere le parole di Plinio (3).

Eineccio novera tra le *res mancipi* anche l'*hereditas* nel *testamentum per aes et libram*, i *filii familias* e le *margaritae* (4).

Dei moderni solo pochi hanno fatto la questione, ma non allontanandosi dalle fonti giuridiche. Il Hugo e il Puchta ripongono tra le *res mancipi* anche le *personae liberae in potestate, manu, mancipio* (5) (e il secondo anche la *familia* o *hereditas* nel *testamentum per aes et libram*); però il Huschke

---

(1) Isid., *Orig.*, IX, 4, 45.

(2) Cujac., *Paratitla ad tit. Cod. De usuc. transf.* (VII, 31), Neapol. 1722, VIII, pag. 1001.

(3) Bynkershoek, *Opusc. de rebus m. et nec m.*, in Opp. var. arg., Lgd. Bat. 1719.

(4) Heineccius, *Ant. iuris*, Francof. ad Moen. 1841, II, 1, § 18.

(5) Hugo, *G. des röm. R.*, 1a ed., Berlin 1832, pag. 509. — Puchta, *Inst.*, § 238.

e il Plange le noverano come *personae mancipi* accanto alle *res mancipi* (1).

Finalmente lo Schweppe e lo Schilling includono tra le *res mancipi* tutte le servitù rustiche e non quelle espressamente indicate da Ulpiano: il primo fondandosi sul valore esemplificativo del *velut*, il secondo specialmente su due testi di Gaio (II, 17, 29) (2).

3. La seconda questione fu sollevata per la prima volta da un grande storico, il Niebuhr.

Egli ritenne che nel tempo antico fosse *res mancipi* ogni *oggetto di proprietà*, secondo la sua interpretazione: quindi anche il gregge e il denaro contante (3).

Singolare è l'opinione del Christiansen, che in origine il catalogo fosse oscillante e solo più tardi siasi fissato in quegli oggetti determinati. « Secondo la loro opinione i giuristi dovevano dichiarare quali cose fossero *res mancipi*, quali *res nec mancipi*. Alcuni ne recavano di più, altri di meno. Tutti vi annoveravano gli schiavi, gli animali da tiro e da soma, gl'immobili dell'antico commercio, *fundi Italici*, la maggior parte anche i *iura praediorum rusticorum*. Ondeggiante era il catalogo dei giuristi e il costume per quel che riguarda le bestie mansuefatte e il grosso bestiame » (4).

Il Christiansen ci rappresenta molto vivacemente l'epoca antica; e la descrizione poetica di codesti giuristi intenti a compilare elenchi diversi delle *res mancipi* a bella prima fa l'impressione che l'autore parli di giuristi realmente esistiti.

Ed appunto in un'altra sua opera l'autore rinnova drammaticamente le discussioni e le teorie in proposito di antichi giureconsulti: Sesto Peto Elio Cato, Manilio, Servio Sulpicio,

---

(1) Huschke, *Die Verfassung des K. Serv. Tull.*, Heidelberg 1848, pag. 245. — Plange, *Ueber res m. und nec m.*, Heidelberg 1858.

(2) Schweppe, *Röm. Rechtsgeschichte*, 3ª ed., Götting. 1883, pag. 499. — Schilling, *Bemerk. über röm. Rechtsgesch.*, Leipzig 1829, pag. 159.

(3) Niebuhr, *R. G.*, 3ª ed., I, pag. 503.

(4) Christiansen, *Inst.*, 1843, pag. 170.

Ofilio e Labeone: « Curiosius etiam de feritate tractatum, de piscibus, serpentibus quaesitum, nec defuere qui de pulicibus quaestionem movendam duxerunt, qui tamen certe vix manu capi posse videntur » (1).

In Italia il Cogliolo ritiene che in origine fossero compresi in quella categoria: 1° tutti i beni a scopo di testamento; 2° la donna a scopo di matrimonio (*coëmptio*); solo più tardi il concetto di *res* venne a distinguersi dall'*uxor* e dal patrimonio lasciato per eredità (2).

Infine il Huschke estende l'elenco originario delle *res mancipi* con un animale di sua invenzione: il *bovigus* (3).

Altri restringono il catalogo originario delle *res mancipi:* in un senso il Puchta, il Rudorff, il Mommsen, includendovi le sole cose mobili: « servi et animalia mancipi » (4); in senso contrario il Voigt, il quale, fondandosi sui testi citati di Varrone, pensa che al tempo, in cui visse codesto scrittore, gli animali da tiro e da soma non fossero ancora *res mancipi* (5).

III. — **Sull'epoca della distinzione.**

4. Più grave è la questione sull'epoca del sorgere di codesta divisione di cose. Siccome è questione essenzialmente storica, spuntò soltanto nel secolo XIX. Il Hugo si dichiara incerto, ma tende piuttosto a riportare l'origine a un'epoca non troppo remota. Invece i più la ritengono di origine antichissima e nata nella prima epoca di Roma: molti ne riportano la costituzione insieme con l'invenzione

---

(1) Christiansen, *Die Wissenschaft der röm. Rechtsgesch.*, Altona 1838, pag. 352.

(2) Cogliolo, *Note al Padelletti*, Firenze 1886, XVIII, nota *m.*

(3) Huschke, loc. citato.

(4) Puchta, l. c. — Rudorff, *Die Schrift. der röm. Feldmesser*, Berlin 1852, II, pag. 303-304. — Mommsen, *R. G.*, 6ª ed., Berlin 1874, I, pag. 151 nota, pag. 184.

(5) Voigt, *Ius naturale*, Leipzig 1875, IV, pag. 565; *Die XII Tafeln*, Leipzig 1883, § 84, n. 7.

o la riforma della *mancipatio* al buon re Servio. Altri la fanno anteriore a Roma stessa e nata nell'epoca patriarcale (Lange), primitiva o latina (Lattes, Maine).

Dall'altra parte gli oppositori, sebbene più scarsi di numero, si mostrano molto più sicuri e risoluti.

Il Tigerström dichiara che la distinzione è incontestabilmente posteriore alle XII Tavole e l'argomento di Gaio (II, 47) non val nulla (1).

Il Voigt tesse una lunga dimostrazione per provare che essa è nata nell'ultima età repubblicana, dopo che la tradizione ebbe acquistato efficacia giuridica, il che avvenne, a suo avviso, tra il 585 e il 650 u. c. (2), e si mostra anch'egli così convinto del suo asserto, che ne trae argomento senz'altro per demolire la teoria del Ribéreau sull'origine dell'*in bonis habere* (3).

Fra noi pure il Cogliolo e, dietro lui, il Longo, ritengono che la distinzione sia nata giuridicamente dopo le XII Tavole e per opera dei giureconsulti (4).

E anche su questo punto v'ha infine la nota stravagante rappresentata dal Ballhorn-Rosen, il quale asserisce che la distinzione siasi formata per opera della giurisprudenza solo al tempo de' primi imperatori (5).

IV. — Sul concetto della distinzione.

5. La questione più grave, più complessa, più oscura è sul concetto istesso della distinzione. Qual'è l'idea, che la informa? Com'ebbe origine, perchè fu creata? La soluzione del problema, per essere perfetta, deve contener la risposta

---

(1) Tigerström, *G. des r. R.*, Berlin 1838, § 81, pag. 280.

(2) Voigt, *Ius nat.*, IV, pag. 561.

(3) Voigt, *Ueber die staatsrechtliche Possessio*, Leipzig 1887, pag. 245, n. 51.

(4) Cogliolo, l. c. — Longo A., *Mancipatio*, Firenze 1887, pag. 109.

(5) Ballhorn-Rosen, *Ueber dominium*, Lemgo. 1822, pag. 129-143.

ai due quesiti, che noi ci proponiamo: in altri termini deve porgere il fondamento della partizione e la sua origine storica.

Ma quelli che sono due lati del problema divengono due indirizzi nella ricerca. Considerando che anche cronologicamente i due indirizzi si succedono, poichè la ricerca storico-giuridica emerge solo ne' tempi nuovi (e ai nostri giorni s'impose con una certa esagerazione non scevra di orgoglio, tanto da soffocare dannosamente ogni indagine sul valore e sul significato intrinseco della categoria) (1), noi possiamo ordinare la numerosa serie delle teorie in due sistemi: il primo, di coloro che si fondano su elementi naturali e ricercano il fondamento razionale della distinzione (teorie razionali); il secondo, di coloro che indagano l'origine storica e la ragione giuridica della medesima (teorie storico-giuridiche).

6. La prima via scelta dagli interpreti fu di basare la distinzione sulle proprietà peculiari, fisiche o economiche, inerenti agli oggetti stessi, e specialmente sul pregio superiore delle *res mancipi*.

Nei più antichi il fondamento razionale delle *res mancipi* è molto vago: seguendo Isidoro, lo si ripone nella qualità di essere le cose più tangibili e maneggiabili, o anche, per così dire, più alla mano, più immediatamente e materialmente soggette alla podestà del proprietario. Così il Calcagnino: Sono *res mancipi* « *quaecumque tangi et apprehendi possunt* » (2). Parimente: Sono *res mancipi* « *quae in communi nostro usu versantur*, *et quas manu quodammodo ca-*

(1) Maine, *Ancien droit*, pag. 258. — Longo, *Mancipatio*, pag. 110. [Cfr. in Perozzi, *Ist.*, I, pag. 377-378: « Nè gli antichi sanno dirci perchè sieno tali (*res mancipi*) esse sole. Il perchè era in realtà in condizioni giuridiche e sociali remotissime ignorate o trascurate dai nostri giuristi, e *invano si cercherebbe nell'indole naturale o nella destinazione economica di codeste cose* »].

(2) Calcagninus, loc. citato.

pimus et tractamus » (Caronda) (1), ovvero « *quae in cuiusque maxime potestate sunt, et quasi manu captae tenentur* » (Salmasio) (2). Di qui la facile estensione e l'errore, a cui fu tratto il Gravina, di annoverare tra le *res mancipi* tutte le cose mobili (3): il quale errore è la critica naturale delle opinioni accennate.

Un altro carattere interessante, che doveva più tardi trovare una conferma in Gaio, fu notato per la prima volta da Cujacio, il quale però, come vedemmo, estende il catalogo delle *res mancipi*. « Sono *res mancipi* tutte le cose preziose » (4). Il Ten Brink restrinse e modificò l'idea di Cujacio: « *Res mancipi* sono le cose più grandi e più preziose » (5).

Un nuovo carattere fu osservato dal Rossmann. Sono *res mancipi* le cose più facilmente riconoscibili « *res, quae caractere notabiliori ab aliis rebus eiusdem generis differunt* » (6); uno dei caratteri analizzati più profondamente dal Kuntze. Ovvero: « Le cose più anticamente note e a un tempo più preziose e più specialmente riconoscibili » (Ortolan) (7). Infine *res mancipi* sono, secondo il Montanari e il Veralli, tutte le cose buone e desiderabili (8).

C'è del vero in tutte queste idee, specialmente in talune, se si riportano all'epoca remota, in cui generalmente si pone il sorgere della distinzione, cosa alla quale non sempre si ha riguardo nella critica, che se ne fa; ma non è colta la nota intima delle *res mancipi*, dacchè il pregio, la determinazione individuale sono caratteri troppo generici, vaghi ed elastici, costituiscono piuttosto differenze di grado, non differenze specifiche.

---

(1) CHARONDA, loc. citato.
(2) SALMASIUS, *De usuris*, Lugd. Bat. 1638, pag. 213.
(3) GRAVINA, *Orig. iur. civ.*, II, c. 81, pag. 206, Venet. 1730.
(4) CUJAC., loc. citato.
(5) TEN BRINK, *Diss. de hasta*, Gröning 1839, pag. 76 e 108.
(6) ROSSMANN, *Diss. de reb. manc. et nec manc.*, Lugd. Bat. 1741.
(7) ORTOLAN, *Expl. hist. des Inst.*, Paris 1880, I, pag. 234.
(8) MONTANARI, l. c. — VERALLI, loc. citato.

7. Più innanzi s'andò per un'altra via. Si studiarono non più le qualità inerenti agli oggetti stessi, ma la funzione economica e sociale delle *res mancipi*, il loro rapporto con la vita rurale e coll'agricoltura, che fu l'occupazione dei prischi Romani.

Il primo che accenni a questo nuovo indirizzo appare il Bynkershoek. Ritiene anch'egli, seguendo Cujacio, che *res mancipi* siano le cose più preziose « *quae nobilissimam partem divitiarum constituebant* », ma osserva di poi fugacemente che la ricchezza degli antichi « *in praediis potissimum consistebat* » (1).

Ma il merito di aver posto in luce codesta relazione delle *res mancipi* coll'agricoltura spetta al Meermann, il quale definì appunto le *res mancipi* come quelle cose « *quae agriculturae maxime inserviebant* » (2).

L'opinione del Meermann fu richiamata in onore ne' tempi moderni. L'accettarono semplicemente il Savigny, lo Schmidtlein, lo Schweppe, il Tigerström, il Démangeat e dapprima il Fresquet: l'accettano anche l'Accarias e il Gimmerthal (3).

Lo Schweppe osserva che è ben naturale in un popolo agricoltore estimare il valore del patrimonio da ciò che è stabile, fisso, non già destinato al consumo, al dispendio, allo scambio: lo Schmidtlein trae argomento a corroborare la stessa opinione dalla controversia fra i Sabiniani e i Proculeiani circa l'età, nella quale gli animali da tiro e da soma divengono *mancipi*.

---

(1) Bynkershoek, loc. citato.

(2) Meermann, *Diatriba exhibens nonnullas de reb. manc. et nec manc. earumque mancipatione coniecturas*, Lugd. Bat. 1741.

(3) Savigny, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss.*, V, pag. 258. — Schmidtlein, *Archiv für die civilist. Praxis*, IX, pag. 173. — Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte*, l. c. — Tigerström, *Innere Geschichte des r. R.*, l. c. — Démangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 3e édition Paris 1876, I, pag. 446. — Fresquet, *Traité de droit rom.*, Paris 1855, I, pag. 313. — Accarias, *Précis de droit rom.*, Paris 1882, I, § 196, pag. 467. — Gimmerthal, *Die publ. Klage und die Mancipation*, Bremen 1881, pag. 19, 22.

E veramente v'ha in questa opinione gran fondamento di vero. Molte critiche, che si fanno alla teoria, sono affatto ingiuste o parziali, o hanno poco valore per l'epoca remota, a cui la distinzione si riporta (1).

Altri scrittori moderni, pure non rigettando l'idea del Meermann, sentirono che il fondamento era alquanto manchevole, ma in luogo di assorgere a un concetto più intimo e più comprensivo, stimarono di ritrovare cotesto fondamento nella combinazione e nella simultanea, necessaria concorrenza dei caratteri già scoperti. « Sono *res mancipi* le cose corporali o quasi corporali più preziose per un popolo agricolo, e a un tempo stesso più facili a distinguere nella loro individualità (*species*) e già note ai Romani in tempi remoti » (Hugo, Haenel, Ballhorn-Rosen) (2). Analogamente: « Sono *res mancipi* le cose più preziose nella loro unità, più facilmente e lungamente riconoscibili, e che abbiano in pari tempo una immediata relazione coll'agricoltura, la propria occupazione del cittadino romano, la sola degna dell'uomo libero » (Glück) (3), ovvero: « le cose in sè di maggior valore e in relazione immediata col suolo patrio e la sua coltivazione » (Schilling, Verloren) (4).

Se non che altri caratteri non meno spiccati e interessanti noi potremmo soggiungere: ad esempio, l'essere le *res mancipi* più stabili, più suscettive d'essere utilizzate, anzi presso i Romani antichi normalmente utilizzate, nel loro valore di uso, l'essere le *res nec mancipi* più mobili, più

---

(1) È evidente, esclama non felicemente il Hugo, che una casa in Roma, un *servus* o una *ancilla*, destinati all'allevamento de' proprî figli, hanno coll'agricoltura un'attinenza più remota, che non abbiano le sementi stesse o gli strumenti della coltivazione.

(2) Hugo, l. c. — Haenel, *Gesch. des röm. R.*, pag. 120 (Als manuscript gedruckt). — Ballhorn-Rosen, l. c., pag. 111.

(3) Glück, *Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erl. 1807, VIII, § 577, pag. 48-68.

(4) Schilling, *Lehrbuch für Inst. und Gesch. des r. Privatrechts*, Leipzig 1834, II, § 60, pag. 227. — Verloren, *De reb. manc. et nec manc.*, Traj. ad Rhen. 1839.

suscettive d'essere utilizzate nel loro valore di cambio: nè con ciò sarebbe scoperto il fondamento delle *res mancipi*, l'idea generativa della distinzione.

8. Sulla base della vecchia dottrina del Meermann, che è sempre la più ragionevole delle teorie finora enunciate, si determinò un nuovo ordine di idee, cercando di porre le *res mancipi* in una relazione più intima coll'uomo in generale, colla società e più particolarmente colla famiglia.

Per vero cotesto nuovo ordine di idee si manifestò sulle prime in una foggia molto originale e fantastica. La via fu aperta dal Huschke, il quale volle fare della distinzione una vera categoria filosofica, imprimendo alle *res mancipi* un carattere assoluto, rispondente ai fini essenziali della natura umana, e ad un tempo stesso metterla in perfetta corrispondenza colla costituzione di Servio, che, anch'essa, secondo le sue idee, è modellata secondo natura: ond'è che per tal modo costruì sopra una base abbastanza ragionevole e positiva in una foggia così astratta e immaginosa, da riescire a una creazione tra mistica e romanzesca.

Nella sua opera sul *Nexum* il concetto del Huschke è riassunto così: « Le *res mancipi* corrispondono alla natura pubblica e universale del cittadino, e perciò debbono trasferirsi in una forma pubblica, le *res nec mancipi* appartengono al *ius gentium* e debbono trasferirsi in una forma corrispondente » (1). Nella costituzione di Servio Tullio il suo concetto è svolto molto diffusamente e portato alle estreme conseguenze. Riassumiamo per sommi capi le idee del Huschke: « V'ha due cose, in cui si riflette immediatamente l'universale natura dell'uomo; l'uomo stesso come cosa (*servus*) o *persona alieno iuri subiecta* (*persona mancipi*) e il suolo, che dà fondamento vitale allo Stato. Supplemento all'universale natura dell'uomo sono taluni animali (*iumenta*, *armenta*), per l'effettuazione di tutte le funzioni

(1) Huschke, *Recht des Nexum*, Leipzig 1846, pag. 200.

materiali necessarie alla sussistenza dell'uomo sulla terra e mediante la terra, che sono: il movimento corporale dell'uomo stesso, al quale scopo sono destinati i *iumenta*, e la coltivazione della terra, alla quale sono destinati gli *armenta*. Quanto alle *servitutes praediorum rusticorum* si comprendono esse tra le *res mancipi*, perchè il movimento degli esseri corporali, propriamente *mancipi*, di necessità le presuppone.

« Tutte codeste *res mancipi* sono in intima armonia colla costituzione politica del popolo romano. Le *servitutes rusticae* corrispondono alle quattro centurie fuori classe, perchè, com'esse, non sono essenze corporali e indipendenti, ma consistono soltanto in funzioni; gli animali *mancipi* corrispondono alle cinque classi di assidui ». A tal uopo il Huschke inventa un animale, il *bovigus:* ufficio del *bovigus* è di stimolare i buoi col grugno e co' denti e guidare l'aratro colla coda, togliendo così all'uomo anche quest'ultimo movimento corporale e lasciandolo alla sola direzione spirituale. « Di presente quest'animale non esiste più nella creazione; ma l'opera di Dio non potè rimanere per questo lato imperfetta, e nel libro della Verità, ove si descrive la fanciullezza del mondo, ne abbiamo pure un oscuro ricordo come l'animale più saggio tra le bestie del campo, l'essere più simile spiritualmente all'uomo ». Or che avvenne di codesto *bovigus?* Tutto questo era negli antichi tempi; ora il *bovigus*, che fu già un nobile quadrupede, è destituito della sua dignità e tramutato in comune boa.

« Nè si creda (annota il Huschke) ch'io abbia ideata tutta questa connessione per recare in corrispondenza colle cinque classi di assidui anche cinque classi di animali. Davvero questo non è il caso. La necessità del *bovigus* mi si rivelò, osservando la natura dei movimenti, già molti anni prima ch'io pensassi a una connessione delle *res mancipi* colla romana divisione delle classi.

« Del resto i Romani soli hanno espresso perfettamente nel loro Stato le vere *res mancipi*, appunto perchè furono

essi il popolo politico perfetto; presso altri popoli non politici le stesse funzioni sono adempiute dall'elefante e dal cammello » (1).

Il pericolo, che si corre di fronte alla mistica fantasmagoria del Huschke, non è certo di rimanerne sedotti; ma piuttosto il contrario, di non por mente che l'idea fondamentale è vera, e, per quanto ricamata con particolari di pura fantasia, non fu sterile. Scrittori successivi s'ispirarono, forse inconsciamente, all'idea del Huschke.

Così, secondo il Rein (2) e il Plange (3) le *res mancipi* sono gli elementi essenziali della famiglia romana, la cui alienazione non è riconosciuta se non venga fatta pubblicamente, a saputa della comunità, cioè mediante la *mancipatio*.

Certamente contro la teoria del Plange si può osservare che non è chiaro, perchè dalla categoria delle *res mancipi* sia escluso il gregge, egualmente necessario nell'economia romana all'autarchia della famiglia; non è chiaro nemmeno perchè ne siano esclusi gli strumenti della coltivazione. Nondimeno rimane sempre la dottrina più perfetta tra quelle del primo sistema.

Ripetono le idee del Rein e del Plange il Bechmann (4), il Padelletti (5) e il Salkowski (6).

E a questo concetto s'ispira tutta la schiera degli autori più moderni, i quali tuttavia, pel rilievo che dànno ai momenti giuridici e alla ricerca storica, non vanno classificati in questo indirizzo.

---

(1) Huschke, *Die Verfassung...*, loc. citato.

(2) Rein, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer*, Leipzig 1858, pag. 241.

(3) Plange, *Ueber res mancipi und nec mancipi*, Heidelberg 1858.

(4) Bechmann, *Gesch. des Kaufs im röm. Recht*, Erlangen 1866, I, pag. 320.

(5) Padelletti, *Storia del diritto romano*, Firenze 1878, pag. 145.

(6) Salkowski, *Lehrbuch der Inst. und der Gesch. des röm. Privatrechts*, 4ª ed., Leipzig 1883, pag. 183.

9. Veniamo agli scrittori del secondo sistema, cioè di coloro che indagano di preferenza l'origine storica della distinzione.

La teoria più antica e più diffusa è quella che ricerca l'origine della distinzione nel suo rapporto storico col sistema de' modi d'acquisto e specialmente colla *mancipatio*. La cosa pare naturale in sommo grado: la diversa forma di trasmissione delle *res mancipi* e *nec mancipi* è la portata essenziale della distinzione nel diritto classico; adunque nella diversa forma di trasmissione è da riporre l'origine di quella: « cum hoc, ergo propter hoc ». S'aggiunga che gli stessi giuristi romani, Gaio espressamente, riguardano la *mancipatio* come causa della distinzione e della denominazione stessa (1); ora quale autorità può a prima vista apparire più grave anche nel nostro problema di quella dei giuristi romani?

Il problema è adunque il seguente: Come si venne a stabilire l'antitesi tra cose, che si trasferiscono mediante la mancipazione, e cose, che si trasferiscono mediante la tradizione? In altri termini, perchè le *res mancipi* ebbero una forma di alienazione speciale?

Il primo autore, che dia una soluzione ragionevole al problema, è Guglielmo Goesio. Egli ritiene che la *mancipatio* sia richiesta per le *res mancipi* al fine di impedirne l'acquisto ai peregrini e conservarle perennemente ai cittadini romani (2).

Il Trekell accetta l'opinione di Goesio e ne ritrova la base naturale nel concetto del Bynkershoek lievemente modificato: le *res mancipi* sono gli elementi più nobili della ricchezza dei Quiriti, secondo la natura loro e le condizioni sociali di Roma e del Lazio (3).

---

(1) Gai., II, 22.

(2) Goesius, *Vindiciae pro recepta de mutui alienatione sententia*, Lugd. Bat. 1646, pag. 61.

(3) Trekell, *Tractatio de orig. atque progr. testamenti factionis*, Lipsiae 1739, pag. 69.

Al commercio e ai modi di alienazione volgono quasi esclusivamente l'attenzione il Dernburg (1), lo Zachariae (Th. Max) (2), il Christiansen (3), il Walter (4), il Ribéreau (5). Pe' due ultimi Servio Tullio, riformando la mancipazione, ne avrebbe esentato per la prima volta gli oggetti di minor pregio, le *res nec mancipi*.

Potremmo osservare che non si saprebbe spiegare con questo concetto come la *mancipatio*, una volta non solo applicabile, ma obbligatoria anche sulle cose, che divennero posteriormente *res nec mancipi*, sia divenuta in progresso di tempo inapplicabile e di niuna efficacia pratica relativamente a queste; ma la cosa è oggidì assai contrastata.

Secondo il Sumner Maine la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* ha carattere eminentemente storico come una serie di classificazioni analoghe del diritto primitivo, che invano i giuristi si sforzano di ridurre a principî razionali.

« I motivi di queste classificazioni (soggiunge l'autore) si cercheranno indarno nella filosofia del diritto; essi non appartengono alla filosofia del diritto, ma alla storia di esso » (6). L'osservazione del Maine è ripetuta e approvata da molti. Nondimeno, dirò il vero, a me non par giusta: perchè un problema appartenga alla storia del diritto, non per questo rimane escluso dal campo della filosofia; e se nell'indagine storica noi ritroveremo che un istituto non ha carattere di fenomeno accidentale, ma caratteri di necessità e di universalità ne' suoi elementi essenziali, ne dovremo inferire che il medesimo abbia la sua giustificazione in un

(1) Dernburg, *Beiträge zur Gesch. der röm. Testamente*, Bonn 1821, pag. 169.

(2) Zachariae (Th. Max), *Diss. I e II. Coniecturae de reb. manc. et nec manc.*, Lipsiae 1807.

(3) Christiansen, *Inst.*, l. c.; *Die Wissenschaft der röm. Rechtsgesch.*, loc. citato.

(4) Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, 3a ed., Bonn 1861, § 564.

(5) Ribéreau, *Théorie de l'in bonis habere*, Paris 1867, pag. 32-38.

(6) Maine, *Ancien droit*, pag. 258 e 264.

principio d'ordine razionale, filosofico. Ora tale è appunto, come vedremo, la natura della distinzione romana.

Pure se non un principio razionale, una base naturale vi dev'essere, sulla quale fu creata la distinzione. Il Maine lo riconosce: « Non può cader dubbio che gli oggetti compresi nella classe delle *res mancipi* sieno gli elementi del lavoro agricolo, ossia la massa intera delle cose utili e più pregiate in un diritto primitivo, laddove le *res nec mancipi* erano sconosciute o rare o d'uso limitato ». Osserviamo che, accettando l'idea del Maine, le *res mancipi* non esauriscono la massa delle cose utili in una società primitiva; e non si può pensare certo che gli utensili del campo, i prodotti del suolo, le vesti, le armi e specialmente il gregge fossero oggetti rari, sconosciuti e d'uso limitato.

Ma perchè si richiese per le prime la *mancipatio*, per le altre bastò sempre la pura e semplice *traditio*? Risponde il Maine: « Io mi figuro che dapprima questi oggetti erano detti per eccellenza cose o beni e che il modo di trasferimento impiegato per essi dicevasi *mancipium* o mancipazione; ma probabilmente fu solo più tardi che le si chiamarono specialmente *res mancipi*, cose che richiedono una mancipazione. Accanto ad esse esisteva o è sopravvenuta una classe d'oggetti, le *res nec mancipi*, per il trasferimento dei quali non metteva conto di mettere in opera tutto il cerimoniale della mancipazione. Bastava che nel trasferimento dal venditore al compratore si adempiesse soltanto una parte delle formalità ordinarie, specialmente la consegna immediata e materiale o tradizione, che è l'indicazione più visibile d'un cambiamento di proprietà... Col progresso del tempo, cresciute di valore e di importanza le *res nec mancipi*, avrebbero dovuto essere comprese nella classe privilegiata di beni. Ora ciò non fu: e se ne ritrova la ragione nella tenacia, con la quale il diritto antico conserva le sue classificazioni. È un carattere proprio degli spiriti senza coltura e delle società primitive di non concepire una regola generale disgiunta dalle particolari appli-

cazioni, che loro son familiari, di non poter separare una formula o massima generale dagli esempi speciali, che incontrano nell'esperienza quotidiana. A ciò s'aggiunga la ripugnanza dei tribunali e dei giureconsulti di estendere ad altri oggetti quelle moleste formalità giuridiche, che caratterizzano l'imperizia del diritto in un tempo, in cui gli uomini cominciano a considerare i numerosi vantaggi delle forme più semplici sulle più complicate, che esigeva l'antico diritto » (1). Ed anche su questo punto, per quanto acute e seducenti sieno le considerazioni del Maine, potremmo osservare che quando, col progresso economico e sociale, questo mutamento si sarebbe dovuto produrre, non è più il caso di parlare di popoli primitivi e menti senza coltura; laonde talune *res nec mancipi* avrebbero potuto essere comprese nella classe di beni privilegiata o meglio limitata dal diritto, accrescendo o anche modificando il catalogo dei medesimi. La mancipazione avrebbe potuto ben modificarsi invece di cadere; nè del resto, anche nella sua forma classica, doveva ella essere in pratica così molesta, come il Maine afferma e come da tutti si ripete.

Secondo il sistema dei modi di acquisto va classificata la teoria alquanto eclettica dello Squitti. Sul fondamento della partizione egli è d'accordo col Plange, col Lange e col Lattes. Per quel che concerne l'origine storica e le ragioni giuridiche, che la determinarono, egli combina le considerazioni di Goesio e del Maine (2).

Sempre sul modo di alienazione s'impernia la teoria del Cogliolo:

« Nell'antico diritto romano era conosciuta la proprietà privata, e quindi ogni cosa si poteva e si usava venderla o comprarla, ma, come suole avvenire in molte società primitive, le cose si distinguevano in due classi, alcune impor-

(1) MAINE, l. c., pag. 260.

(2) SQUITTI, *Studio sulle « res mancipi » e « nec mancipi »*, Napoli 1885, pag. 79-80.

tanti, e, dirò, solenni, altre di minor valore e minor estimazione. La garenzia di queste vendite era riservata alla buona fede e al costume. Queste vendite erano un fatto, non un diritto... Molto dopo il diritto si estese e assorbì il fatto e riconobbe valore giuridico (*traditio*) alle vendite delle cose meno importanti, che prima erano garantite solo dal costume.

« I giureconsulti, venuti dopo questo lavorìo latente, trovarono che alcune cose si vendevano sempre colla *mancipatio* e le dissero *res mancipii*, e che altre si usavano vendere colla sola *traditio*, sebbene non fosse escluso che loro si applicasse la *mancipatio*, e le dissero *res nec mancipii* » (1).

Aderente sostanzialmente alle idee del Maine e del Cogliolo è A. Longo (2).

Contro tutto codesto indirizzo facciamo un'osservazione generale. Attenendosi puramente al rapporto storico colla *mancipatio* e co' modi d'acquisto in generale, per quel che riguarda l'origine delle *res mancipi* e *nec mancipi*, e più ancora, spiegando la distinzione come il prodotto di una evoluzione storica meramente accidentale e particolare, non si chiariscono, a mio avviso, varî effetti importanti della distinzione, che accennano a un contenuto giuridico originario più ampio, e non si comprende la strana tenacia della medesima persino ne' secoli più tardi.

10. Uno degli indirizzi più fortunati fu quello inaugurato nel secolo scorso per opera del Hommel e di un grande storico, il Gibbon. Il Hommel e il Gibbon riguardarono nelle *res mancipi* la fonte e il modo dell'acquisto primitivo. Or come primieramente si acquistarono dai Romani le *res mancipi*? Lo dichiara da sè stessa la *naturalis vocis significatio*: « *Res mancipi — res bello captas denotant* » (Hommel). « Nullus potior, esclama lo stesso Hommel, nullus antiquior

(1) Cogliolo, *Note al Padelletti*, cap. XVIII, nota *m.*, pag. 225.
(2) Longo, *Mancipatio*, pag. 112-115.

adquirendi modus isto fuit, quo res bello ac manu adquiruntur ». Anche Gaio, si osservò poi, dice espressamente che i Romani « maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent ».

Ma, si obbietta dagli avversari, le *res mancipi* sono tutte *res ab hostibus captae?* e, per converso, sono tutte *res mancipi* le *res ab hostibus captae?* Oltre di che molto grave a me sembra questo, che, seguendo il concetto della *praeda* e dell'*occupatio bellica*, si rinuncia assolutamente a un fondamento razionale della distinzione, onde assai più malagevole riesce, come vedremo, spiegare la costruzione giuridica delle *res mancipi* e *nec mancipi* e la lunga vita di codesta distinzione.

Le difficoltà erano gravi, più gravi forse che in qualunque altra teoria: nondimeno l'argomento filologico ha sempre una così pericolosa attrattiva, che non v'ha teoria sulle *res mancipi* e *nec mancipi* la quale conti maggior numero di illustri fautori, come d'altra parte, per la grave difficoltà di porgere una spiegazione teorica delle *res mancipi* e *nec mancipi*, non v'ha teoria che più abbondi d'ingegnose e artificiose costruzioni storiche.

La prima, sulla quale si modellarono le successive del Danz e del Puchta, s'appartiene al Manhayn. Secondo il Manhayn « la terra conquistata e gli oggetti più nobili del bottino (prigionieri e bestiame grosso) cadevano in proprietà dello Stato: ma dopo l'ammissione dei plebei alla cittadinanza, si usò vendere parte del bottino in piena proprietà ai privati, e come il compratore dicevasi *manceps*, parimenti chiamavansi *res mancipi* gli oggetti stessi così alienati. Per evitare poi una *lex* nelle successive alienazioni s'inventò la *mancipatio*, che è poi divenuta un requisito legale per l'alienazione delle *res mancipi*. Quanto alle *servitutes rusticae* si consideravano in quell'epoca come parte del fondo » (1).

(1) MANHAYN, *Ueber den Ursprung und die Bedeutung der res m.*, Frankf. 1823.

La teoria del Manhayn è in massima consentita dal Danz, il quale si studia però di renderla più verosimile. « Le *res mancipi* sono quegli oggetti del bottino, che non vengono abbandonati ai *milites*, ma cadono nell'*aerarium*, e dall'*aerarium* sono di nuovo venduti ai privati cittadini mediante la *praedae sectio;* come l'acquirente dicesi *manceps*, così l'atto della compera pubblica dallo Stato *mancipium*, onde *res mancipi* viene a significare *res a populo emptae*. « Per le successive alienazioni si richiese soltanto che fossero fatte « *adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis* » (1).

L'elemento della *praeda* e dell'*occupatio bellica* si ritrova anche nella teoria dell'Eisendecher, ma la sua costruzione storica è diversa dalle precedenti. « Tutta la proprietà romana è il frutto della guerra e del bottino: ogni preda apparteneva al *populus* dei patrizi. Talune cose però si abbandonarono ai plebei, che componevano l'esercito; altre cose invece, che formavano la ricchezza dei prischi Romani, si riservarono al ceto patrizio e furono quelle, che si dissero più tardi *res mancipi* » (2).

La costruzione immaginosa dell'Eisendecher è ripetuta sostanzialmente da uno scrittore odierno, il Seitz (3).

Anche il Böcking ricongiunge le *res mancipi* al bottino. « Secondo l'antico diritto dei Romani tutto il diritto di proprietà deriva dall'*ex hostibus manu capere:* le *res mancipationis* o *mancipii* sono le cose acquistate in questa maniera, originaria, perfetta. Le servitù rustiche si consideravano come proprietà palpabili del campo » (4).

Accettarono semplicemente l'idea, che deriva le *res mancipi* dalla preda di guerra, lo Schröter, il Keller, il Rudorff,

---

(1) DANZ, *Geschichte des röm. R.*, Leipzig 1871, I, § 119.

(2) EISENDECHER, *Entstehung, Entwicklung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten Rom*, Hamb. 1829, pag. 145-158.

(3) SEITZ, *Grundlagen einer Gesch. der röm. Poss.*, Erlangen 1884, pag. 185.

(4) BÖCKING, *Pandekten*, Leipzig 1855, I, § 73.

il Müller, il Ihering e con poca eleganza un inglese, il Goodwin (1).

La più grande autorità valse a questa teoria il nome del Puchta; eppure l'illustre romanista tedesco ci porge una delle costruzioni più artificiose e più inverosimili, sia storicamente, sia teoricamente.

« Originariamente furono *res mancipi*, cioè oggetto della mancipazione, quelle sole cose, per le quali poteva aver luogo il *manu capere*. Ora sono appunto queste le cose, che ricorrono nella vendita del bottino, il quale nelle sue parti atte alla vendita si componeva di prigionieri di guerra e di bestiame rapito. Pertanto la mancipazione è foggiata secondo quella vendita del bottino. Come queste cose erano venute in potere del popolo romano mercè un'apprensione naturale, così venivano in potere del singolo cittadino mercè un'apprensione di diritto civile e nell'istesso modo si trasmettevano di mano in mano, perchè fu concesso di trasferire la proprietà delle medesime mediante una forma solenne modellata sull'acquisto originario alla presenza di cinque testimoni rappresentanti la riunione del popolo, senza far uso della *in iure cessio*. La qualità di *res mancipi* significava allora non già una limitazione, bensì una estensione dell'acquisto originario, la esenzione della necessità della *in iure cessio:* questo vantaggio si volle procurare ai fondi e a certi diritti connessi con quelli, ai quali venne estesa la mancipazione ed i quali per conseguenza vennero compresi nel novero delle *res mancipi* ».

« Da ultimo per rendere possibile una disposizione testamentaria, all'infuori del *testamentum calatis comitiis* e del

---

(1) Schröter, *Obs. iur. civ.*, Jen. 1823, pag. 57. — Keller, *Inst.*, Leipzig 1861, § 31, pag. 25. — Rudorff, *Q. et M. Minuc. sent.*, Berol. 1842, pag. 11; *Krit. Iahrb. für deutsche Rechtswiss.*, Leipzig 1844, XV, pag. 321. — Müller, *Inst.*, 1858, pag. 146. — Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. fr., Parigi 1880, I, pag, 113. (Però il Ihering dichiara di rigettare questa idea che lo aveva lusingato altra volta, e negli ultimi tempi si mise per una via nuova). — Goodwin, *Le XII Tavole* (trad. Gaddi), Città di Castello, 1887, pag. 34.

testamentum in procinctu, si considerò anche il patrimonio come una cosa mancipabile. Solo più tardi, quando per le *res nec mancipi* sorse una alienazione anche più comoda nella tradizione, potè la circostanza che una cosa era *res mancipi* apparire come un ostacolo alla sua alienazione; solo a questa età appartiene il concetto delle *res mancipi* come le cose più preziose, nel che si volle trovare una giustificazione di quel vincolo » (1).

Ora la teoria del Puchta è la critica di tutto questo indirizzo. Il vizio capitale del concetto, che deriva le *res mancipi* dall'*occupatio bellica* o dalla vendita del bottino, è, come abbiamo accennato, questo: che con esso non si spiega la natura giuridica della distinzione, non si spiega veruna delle limitazioni imposte all'alienazione delle *res mancipi*. Verissimo: i Romani « maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent »; ma, si può ben pensare, appunto *maxime sua* sono quelle cose, su cui meno pesano rapporti familiari e sociali, e, per conseguenza, sono di più libera proprietà e di più libera disposizione individuale. Dalle parole di Gaio si rivela vagamente quel concetto di singolar favore accordato dai Romani alle persone e alle cose dei militari, singolar favore che in un'età più tarda ebbe per effetto di scalzare gli istituti più saldi del diritto romano, creando via via un diritto scevro di forme e affatto individuale, che, per quanto normale ai nostri giorni, altrettanto è singolare ed anomalo nel campo del diritto romano. Su questo concetto si sviluppò il *peculium castrense*, su cui il *filius familias* acquista via via un diritto proprio, personale; su questo concetto si sviluppa tutto il diritto successorio dei *milites*, in cui parimente il rispetto più assoluto alla volontà e alla libertà individuale ruina tutto l'edificio delle forme e dei principî giuridici cardinali nella successione romana, creando principî nuovi, che appaiono quasi un'anticipazione del diritto successorio moderno.

---

(1) Puchta, loc. citato.

Adunque codesto concetto della *occupatio bellica* non solo non ispiega la speciale costruzione giuridica delle *res mancipi*, ma logicamente avrebbe dovuto condurre a una costruzione perfettamente contraria. Il Puchta è logico e la crea; la difficoltà, che tutti dissimulano, egli la vede e non dubita di concepire le *res mancipi* come una proprietà privilegiata, la *mancipatio* non più come ostacolo, ma come un'agevolezza, e di affermare che la costruzione giuridica delle *res mancipi* come una proprietà più ristretta, il concetto delle medesime come le *res pretiosiores* s'appartengono a un'epoca più tarda. Ora la concezione è nuova e ardita; ma oltre che essa è affatto arbitraria, ripugna dal punto di vista storico e razionale credere che in un diritto e massime in un diritto antico siensi volute concedere speciali agevolezze per l'alienazione delle terre e degli immobili; ripugna il credere che la concezione delle *res mancipi* come le *res pretiosiores* appartenga a un'epoca più tarda, quando appunto essa cominciava a divenire assurda. Sotto l'aspetto giuridico poi ricordiamo che oltre alla *mancipatio* c'erano altre limitazioni alla alienazione delle *res mancipi* che pure hanno il carattere di un'alta antichità; d'una, il divieto di usucapione della *res mancipi* alienata dalla donna *sine tutoris auctoritate*, abbiamo espressa memoria, che rimonta all'epoca delle XII Tavole. Ora queste, che appaiono chiaramente come ostacoli all'alienazione, saranno state in origine altrettante agevolezze?

Caduta la teoria del Puchta, cadono facilmente tutte le altre, contro le quali rimane intatta la difficoltà giuridica. L'argomento filologico lusingava questo indirizzo; ma quanto lusinghiera è la via, altrettanto è fallace. Oltre alle ragioni intime, due ragioni estrinseche possono valere: il fatto che tanto ingegno e tanto studio non riescono che a perdersi in un labirinto d'ipotesi; e un altro fatto molto significativo: che l'abbandonò in seguito il creatore stesso, il Hommel, nonchè l'ultimo e più illustre fautore, il Ihering.

Pure qualche elemento di vero, come vedremo, è racchiuso anche in questa teoria, poichè l'etimologia della parola deve pure significare e indicare qualche cosa; ma significa ed indica ben poco per il nostro problema.

Un solo scrittore, E. Lattes, in un prezioso studio filologico sulle parole *manceps*, *manubiae*, ecc., tentò di dare alla teoria del bottino una vera e propria base naturale, combinandola coll'altra, che *res mancipi* sieno le cose destinate all'agricoltura. Secondo E. Lattes, le *res mancipi* quanto al modo d'acquisto si connettevano colla guerra, quanto alla qualità, coll'agricoltura. Sotto l'aspetto storico si potrebbe definirle: « le terre coltive colle persone e i diritti necessarî alla coltura in quanto i Romani, popolo originariamente pastore, le acquistarono nei primordî *manu*, ossia per forza e conquista » (1).

11. Un indirizzo più razionale sorgeva quasi contemporaneamente per opera del Pufendorf. Si volle trovare una ragione più grave, più generale dell'origine delle *res mancipi* nel loro rapporto collo Stato relativamente alla istituzione del censo, alle imposte, al servizio militare. Primo il Pufendorf affermò che le *res mancipi* fossero tutte le cose registrate nelle liste pubbliche del censo e vendute con solennità, importando allo Stato che la proprietà dei cittadini non fosse incerta. E trae argomento da un luogo di Cicerone, in cui sembrò al Pufendorf che l'oratore metta in corrispondenza le *res mancipi* e le *res censui censendo*: « Illud quaero sintne ista praedia censui censendo, habeant ius civile; SINT NECNE SINT MANCIPI; subsignari apud aerarium, apud censores possint? (*Pro Fl.* 32, 80) » (2).

Ritennero l'opinione del Pufendorf lo Schneider, il Rolin, il Thibaut: la rinnovarono con maggiori sviluppi, ma nessun

---

(1) LATTES, loc. citato.

(2) PUFENDORF, *De reb. manc. et nec manc.* Obs. iur. univers., t. II, c. 79, Hanov. 1748, pag. 291-297.

argomento nuovo, il Fresquet, l'Huc, il Höpfner (1), e il Pagenstecher, il quale però non riferisce l'origine delle *res mancipi* alla istituzione del censo, bensì all'uso della *mancipatio*, e quanto al fondamento ripete il concetto che « le *res mancipi* erano, secondo le idee degli antichi, e avuto riguardo alla ricchezza nazionale, le cose più preziose » (2).

Il concetto del Pufendorf piacque pure al Vangerow, il quale l'accetta puramente, ritrovandone la base naturale nel fatto ch'eran queste le cose in cui l'antichissima Roma riponeva giustamente e propriamente la sua ricchezza, e cercando di corroborarlo con un altro argomento tratto da Festo: « *Censui censendo* agri proprie appellantur, qui et emi et venire iure civili possunt (FESTUS, V. *Censui censendo*) » (3). L'opinione del Vangerow fu accettata in Italia da Filippo Serafini, il quale spiega il sorgere della *mancipatio* come un sostituto necessario della trascrizione censuaria, poichè questa non acquistava efficacia se non dopo la lustrazione, la quale seguiva di cinque in cinque anni (4).

Analoga è pure l'opinione del Göttling (5).

A questo concetto si può pure ridurre l'opinione del Kuntze, quantunque egli non faccia nascere la distinzione dall'istituto del censo e dal rapporto collo Stato.

Nella opinione del Kuntze, una delle più belle nella nostra materia, noi ritroviamo fuse e coordinate elegantemente e più profondamente analizzate quasi tutte le idee

---

(1) SCHNEIDER, *De iudicio centumvirali*, pag. 42. — ROLIN, *Nouvelle* (?) *explication de la distinction entre les choses m. et nec m.*, Gand 1827. — THIBAUT, *Lehrb. für Gesch. und Inst.*, Berlin 1842, § 134, pag. 149. — FRESQUET, *De l'origine politique et de l'importance de la distinction des res m. et nec m. dans l'ancien droit romain* (Revue hist., 1857, pag. 509). — HUC, *Du formalisme romain*, Toulouse 1861, pag. 24. — HÖPFNER, *Commentar*, Frankf. am Main 1818, § 279, pag. 201.

(2) PAGENSTECHER, *Die Röm. Lehre vom Eigenthum*, Heidelberg 1857-1859, pag. 57.

(3) VANGEROW, *Ueber die Latini Juniani*, Marburg 1833, pag. 79.

(4) SERAFINI, *Istituzioni*, Firenze 1881, § 21.

(5) GÖTTLING, *Geschichte des röm. Staatsverfassung*, Halle 1840, pag. 120.

fondamentali espresse sulle *res mancipi* e *nec mancipi*, onde ci si permetterà di riferirla con una certa ampiezza, tanto più che la medesima è poco nota in Italia.

Il Kuntze parte da un presupposto alquanto ardito, che nelle due espressioni *familia* e *pecunia* delle XII tavole sieno indicati diversi elementi del patrimonio di un cittadino romano, poichè « non è a credere che nello stile epigrafico di quell'antico Codice siasi voluto far uso di due espressioni equivalenti », e questi diversi elementi siano precisamente gli stessi oggetti, che sono indicati dalle altre espressioni *res mancipi* e *res nec mancipi*, « poichè è questa la distinzione, alla quale più naturalmente corre il pensiero ».

Indi segue a stabilire le differenze naturali tra le *res mancipi* e *nec mancipi*: « In taluni oggetti la specie è subordinata all'individuo, vale a dire gli individui hanno una natura caratteristica, che si può agevolmente distinguere e riconoscere, e siffatti oggetti appunto per codesta loro natura sono più vicini all'uomo e veramente appropriati a formare la sua base economica e persino a immedesimarsi coi suoi motivi etici.

« Su di essi primieramente si fissa il senso giuridico come acquista vigore ed assorge a guardar fuori dalla stretta cerchia della persona e a creare un dominio esteriore come giuridica dipendenza del *caput*. Là dove la vita giuridica è fondata sulla stabilità delle sedi, il *fundus*, cioè il campo e la casa, forniranno codesto capitale, restando sempre come l'archetipo di tutti i beni di questa specie, cioè delle *res non fungibiles*.

« Appresso, la stessa idea si può estendere a cose tali, che, per essere indispensabili alla coltivazione della terra, completano in certa guisa il possesso fondamentale... Per contrario in altri oggetti l'individuo è subordinato alla specie: tali oggetti non appaiono all'occhio distinti e si perdono nella folla. Il senso giuridico non può così tosto formare e stabilire su queste cose rapporti giuridici precisi: instabili e quasi estranee al patrimonio sembrano aver con quello

solo un legame lento, e pertanto non sono atte ad affermare una importanza politica nè per lo Stato nè per i singoli componenti lo Stato. Si aggirano intorno alla *res publica* e alla *res privata*, senza propriamente appartenere nè all'una nè all'altra. Nel fatto forse anche d'alto valore, se vengano considerate in gran quantità, nondimeno, originariamente, da un punto di vista strettamente giuridico rimangono ignorate e abbandonate a sè stesse, onde possono senza cerimonie passare di mano in mano nel commercio abituale. Desse non sono tenute a mano chiusa, ma in libero movimento; colui che le possiede le ha e può difenderle; perdita del possesso è anche perdita del diritto; il diritto non si è qui peranco svincolato dal grembo del possesso....

« Nella prima cerchia di cose il *paterfamilias* domina secondo certe regole, di queste ultime dispone a suo talento; quella è sotto la sua amministrazione, questa alla sua disposizione. Le une sono relativamente immobili ed indivisibili, le altre invece sono in guisa affatto speciale mobili e frazionabili... Ora se realmente la distinzione appartiene alla antichissima epoca, essa deve aver radice nella vita e nell'economia rurale, ma dovette poi venir trasportata sul suolo cittadino e messa in connessione coll'istituto del censo. Riguardo al medesimo è rigettata ora l'antica opinione che ogni possessione appartenesse sin dall'origine al patrimonio censito, ma non è pur accettabile la nuova, che tien conto solo della proprietà fondiaria. La vera sentenza è nel mezzo: appartenevano al patrimonio censito la proprietà fondiaria in senso stretto ed ogni possessione, che la completava e rendeva possibile il servizio militare (la preparazione alla guerra); in altri termini tutte le *res mancipi*, vale a dire gli oggetti della *manus* politicamente riconosciuta e controllabile » (1).

---

(1) Kuntze, *Cursus*, Leipzig 1879, II, pag. 86; *Excurse*, Leipzig 1880, pag. 105 e seguenti.

Nella sua opera sul diritto pubblico dei Romani anche il Mommsen foggia su questo concetto la sua teoria, espressa però con colori più verosimili delle precedenti e più savia nella forma: « Nell'antica epoca non tutti i beni mobili erano soggetti all'imposta, ma solamente quelli, che accanto ai beni fondiari sono concepiti come parte essenziale della economia rurale, poichè il tributo romano deriva dall'economia rurale. Tali erano gli schiavi, gli animali da tiro e da soma; e ciò è chiaro dal fatto che la constatazione della proprietà mediante la mancipazione è estesa soltanto a questi beni, oltre agli immobili... Più tardi, e, come pare, abbastanza per tempo, anche oggetti di diversa specie vennero assoggettati all'imposta... Sino a qual punto siffatta estensione sia seguita per l'arbitrio del censore o i censori abbiano semplicemente applicato leggi speciali noi non possiamo determinare » (1).

Finalmente nuova in questa via è l'ipotesi del Soltau. Preoccupato anch'egli, alla pari del Mommsen, dal fatto che le *res mancipi* nelle fonti superstiti non sembrano effettivamente corrispondere alle *res censui censendo*, e nello stesso tempo dalla relazione che sembrano pure avere col censo, egli concilia la contraddizione, che si mostra, non già distinguendo, come il Mommsen, due epoche diverse, bensì due scopi diversi del censo, l'imposizione del tributo e l'ordinamento delle classi ne' comizî centuriati. Secondo l'opinione assai prolissamente dichiarata dal Soltau, l'imposizione del tributo si regolava sulle *res censui censendo*, la cui lista era assai più ampia che non quella delle *res mancipi*, l'ordinamento delle classi in relazione ai diritti e ai doveri dei cittadini sulle *res mancipi*, vale a dire sulla parte più stabile del patrimonio, più connessa col suolo patrio, di cui con piena certezza si prova l'appartenenza e l'estimazione mediante la forma della *mancipatio*, e quindi non soggetta a false dichiarazioni o valutazioni, colle quali altri-

---

(1) MOMMSEN, *Röm. Staatsr.*, Leipzig 1877, II, pag. 377-378.

menti avrebbe avuto modo ciascuno, a proprio talento, di migliorare la sua posizione ne' comizî e nell'esercito (1).

Contro tutti gli autori, che derivano la distinzione dal rapporto delle *res mancipi* collo Stato e col censo, l'unica obbiezione è che la teoria manca veramente di argomenti positivi, poichè i due passi di Cicerone e di Festo valgono ben poco (2); e tale obbiezione per coloro i quali si rifiutano di apprezzare come conviene una creazione logica e naturale e si fidano in tutto ai così detti argomenti positivi, e piuttosto sopra un dubbio argomento positivo sarebbero pronti a creare le teorie più assurde, più contrarie alle leggi di sviluppo del diritto e della storia, per costoro, dico, basterebbe a demolire tutta la teoria. Per vero a me sembra più naturale che la distinzione sia sôrta indipendentemente dal censo e che lo Stato l'abbia assunta, poichè relativamente alle sue istituzioni fiscali e militari lo Stato si suol valere degli elementi e degli organismi che trova; ma la relazione unica o più diretta delle *res mancipi* col censo nell'epoca più antica mi sembra molto verosimile. Nè vale l'obbiezione tratta dall'esempio di Livio (3) per mostrare

---

(1) Soltau, *Ueber Entstehung und Zusammensetzung der altröm. Volksversammlungen*, Berlin 1880, pag. 413-437.

(2) L'interpretazione de' due luoghi, di Cicerone e di Festo, è ovvia e naturale, nè intendo come sì ai fautori sì agli avversari di questa opinione ne sia sfuggita la vera portata. Nel passo di Cicerone, tanto più se lo si confronti col passo di Festo, una identificazione veramente traspare, ma non già tra le *res mancipi* e le *res censui censendo*, bensì tra gli *agri mancipi*, *qui ius civile habent* (*qui et emi et venire iure civili possunt*), e gli *agri censui censendo*, *qui subsignari apud aerarium apud censores possunt*, di fronte agli *agri provinciales* o *vectigales*, alle *possessiones*, che non sono *mancipi*, non *habent ius civile*, non sono *censui censendo*, ecc. Ma la identificazione ne' limiti così ristretti poco rileva, perchè gli *agri provinciales* o *vectigales* sono esclusi dal novero delle *res censui censendo* non per la loro qualità di essere *nec mancipi*, ma perchè venivano considerati come proprietà dello Stato (Gai., II, 7).

(3) Liv., XXXIX, 44: « In censibus quoque accipiendis tristis et aspera in omnes ordines censura fuit. Ornamenta et vestem muliebrem et vehicula, quae pluris quam quindecim millium aeris essent, in censum referre iuratores iussit. Item mancipia minora annis viginti, quae post

che altre cose si solevano registrare nel censo. Anzitutto un carattere delle istituzioni fiscali è di essere eminentemente progressive, specialmente quando siano rappresentate dai più ostinati conservatori in altre cose; se il diritto è lento a seguire il movimento della vita e dell'economia nazionale, il fisco raro è che tardi, talora lo precorre: da Servio Tullio noi giungiamo fino a Vespasiano.

Nel caso nostro poi Livio parla di una « tristis et aspera censura », la censura di Marco Catone, il feroce conservatore: e le *res nec mancipi*, ch'egli volle assoggettare al censo, erano le seguenti: ornamenti e vesti femminili e cocchi « quae pluris quam quindecim millium aeris essent » vale a dire oggetti di tal valore, che all'epoca della istituzione del censo non possedevano probabilmente nè Servio Tullio nè la moglie Tarquinia.

Sicchè si può piuttosto ritenere che questo sia uno degli effetti più antichi della distinzione, che nelle età posteriori

---

proximum lustrum decem millia aeris aut eo pluris venissent, uti ea quoque DECIES TANTO PLURIS QUAM QUANTI ESSENT AESTIMARENTUR: et his rebus omnibus terni in millia aeris attribuentur ». Riportiamo per intero il testo di Livio, perchè l'incompleta lettura del medesimo trasse nell'errore taluno, come il professor Squitti, di stimare che non tutte le *res mancipi* fossero nominativamente menzionate nel censo, che *indiscutibilmente* i servi minori di venti anni, venduti meno di diecimila assi, non vi fossero riferiti. Ora Livio non parla affatto degli oggetti tradizionali del censo, ma solo delle innovazioni di Catone, dirette a colpire il lusso invadente; e pertanto nemmeno parla delle categorie comuni de' servi, le quali non vennero assoggettate a quella esorbitante estimazione dei giovani schiavi di lusso e di piacere. Poichè a quella esorbitante estimazione ha speciale riguardo lo storico: e molto probabilmente le parole *decies pluris* debbonsi restituire anche sopra, prima delle altre *in censum referre*, ecc., seguendo la testimonianza di PLUTARCO (*Cat. mai.*, 18) e la corrispondenza colle stesse parole di Livio poco più sotto (uti ea *quoque* decies pluris, ecc.). Così corregge il Weissenborn nel commento a questo luogo e così accetta il Mommsen.

Contro l'identificazione delle *res mancipi* colle *res censui censendo* nell'epoca più tarda rechiamo anche altri luoghi, oltre Livio e Plutarco citati: GELL., VI (VII), 11, 7: *instrumentum fundi* (potrebbero però intendersi le *res mancipi* mobili). — FEST., v. *rudus: aes infectum.* — Lo stesso CIC., *Pro Fl.*, 32, 80: *pecunia numerata.*

è scomparso per la natura progressiva del fisco. Del resto anche presso noi per lungo tempo la sola proprietà immobiliare veniva denunciata e tassata.

12. L'ultimo indirizzo consiste nel riferire l'origine della distinzione al diritto di proprietà in un'epoca antica di Roma, o in un'età primitiva del Lazio: e in questo concetto è generalmente ricompreso il precedente (1).

La prima idea venne al Niebuhr, il quale però, sfiorando incidentalmente, come il Maine, una questione così buia, non si mostrò felice nel colorire e dimostrare la sua opinione e vi mescolò fuori di proposito suoi concetti favoriti, quali la *possessio* dell'*ager publicus:* ciò che valse a far dimenticare la parte sostanziale del suo concetto.

Il Niebuhr dichiara recisamente che nel vocabolo *mancipi* altro non si può vedere che il genitivo di *mancipium* proprietà. *Res mancipi* adunque erano originariamente tutti gli obbietti della proprietà quiritaria censita e imponibile. Però egli rileva che l'indicazione delle *res mancipi* trasmessa da Ulpiano è forse troppo scarsa come elenco degli obbietti

---

(1) Una tal distinzione nel rapporto giuridico dai nostri antichi si volle fare nel diritto classico. AZONE (*Summa in Cod.*, VII, 31) e CINO (*Ibid.*) ritennero *res mancipi* le cose italiche, *res nec mancipi* le cose provinciali. Simile fu l'idea dei Glossatori, di Calcagnino, di Caronda: e lo stesso concetto esprime il GRAVINA (*Orig. iur. civ.*, Venet. 1730, II, c. 81, pag. 206), sebbene includa poi tra le *res mancipi* tutte le cose mobili. Il CONRADI ricollegò in corrispondenza parallela alla distinzione presente l'altra del dominio quiritario e bonitario: l'uno sulle *res mancipi*, l'altro sulle *res nec mancipi* (*Liber sing. de veris manc. et nec manc. diff.*, Helmst. 1739). Il REUTER escluse la *res nec mancipi* da ogni maniera di dominio (*Prog. in quo aenigma in dom. quir. ac bon. solv.*, Halae 1748). — Ciascuno di questi concetti si genera da un errore, anzi da un cumulo di errori: ed errori siffatti non sono opinioni. Alle ipotesi è libero il campo nel diritto più antico: per il diritto classico la natura giuridica e la portata della distinzione su questo punto doveva esser nota anche prima della scoperta di Gaio (*dom. ex iure Quir.* su cose *nec mancipi:* ULP., *Reg.*, XIX, 9; XXIV, 7). Nondimeno specialmente l'errore del Conradi venne confutato più volte, talora assai prolissamente, anche dopo la scoperta di Gaio.

li proprietà per il tempo antico: e pertanto comprende tra e *res mancipi* anche il gregge e il denaro contante, e finalnente, con qualche remissione, « tutto ciò che non apparteneva al semplice possesso concesso dalla republica o dal patrono » (1).

Molto s'accosta il Maynz all'opinione del Niebuhr. « Sono *res mancipi* tutte le cose, che nei primi tempi di Roma costituivano la principale ricchezza del cittadino, gli oggetti del patrimonio, che hanno una individualità spiccata, in guisa da poter essere riconosciuti e rivendicati, ovunque si trovino. È ben probabile che in origine la protezione assoluta, che caratterizza la proprietà romana, non sia stata accordata che alle *res mancipi*, come sembra indicare il nóme stesso, col quale si designano (« *res mancipi* », cioè, *mancipii:* cose di proprietà). Questo vantaggio nondimeno fu ben tosto accordato a tutte le cose, che potevano trovarsi in un patrimonio. Allora non restò alle *res mancipi* altra particolarità che quella di non poter essere acquistate in proprietà che per uno degli antichi modi, implicante la garentia dei Quiriti » (2).

Parimenti il Giraud ritenne che fossero *res mancipi* le sole cose suscettibili in origine di proprietà romana e le sole censite. « La parola stessa è qui l'indice migliore della cosa, poichè *res mancipi* non è altro che *res mancipii*, cose di proprietà romana... Il carattere originario di codesta classe di beni deesi trarre piuttosto dalla natura dei beni stessi, e dagli effetti della loro appropriazione, che non dalla forma, con la quale erano pervenuti al detentore » (3).

Nella stessa idea s'incontra pure il Marquardt (4).

Se non che contro il Giraud, il Maynz, il Marquardt, rimane la grave obbiezione affacciatasi al Niebuhr: troppo

---

(1) Niebuhr, loc. citato.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, Bruxelles 1876-77. II, pag. 684.

(3) Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, Aix 1838, pag. 221.

(4) Marquardt, *Röm. Staatsverwalt.*, Leipzig 1876, II, pag. 160.

scarso è codesto elenco di oggetti di proprietà anche per una epoca primitiva.

Simile ipotesi più giuridicamente fu spesso proposta dal Jhering: che le *res nec mancipi* non fossero obbietto di un *dominium ex iure Quiritium*, bensì di un semplice *dominium*, non garentito da *rei vindicatio* (1), ma l'autore ne rimandò sempre la dimostrazione. La stessa opinione fu accettata dal Karlowa (2).

Recentemente in una lunga nota a un articolo, il Jhering tornò sulla sua idea e si studiò di colorirla, disegnando a grandi tratti quale fu, a suo credere, lo sviluppo storico dell'antitesi fra le *res mancipi* e le *res nec mancipi*.

« Il diritto di proprietà nell'età primordiale era figurato in due guise: un *meum esse ex iure Quiritium* e un semplice *meum esse*, l'uno sulle *res mancipi* e l'altro sulle *res nec mancipi*.

« Il *ius Quiritium* consisteva nel diritto della realizzazione propria, estragiudiziale della proprietà fondata in maniera solenne, cioè nell'affermazione della *manus* (« *manum depellere*, *iniicere*, *conserere*, *mancipatio*, *mancipium* » : simbolo

(1) JHERING, *Esprit du dr. rom.*, IV, pag. 28; pag. 203 nota; *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1884, pag. 270 nota.

(2) KARLOWA, *Der Röm. Civilprocess*, Berlin 1872, pag. 34. — L'autore si mostra così persuaso della ipotesi enunciata, che più tardi, nel corso dell'opera (pag. 99), si vale dello stesso concetto per stabilire l'origine della *in rem actio per sponsionem*. « Quando l'originaria distinzione fra *res mancipi* e *res nec mancipi* fu cancellata (il qual mutamento egli riferisce alla introduzione della *pecunia signata forma publica populi romani* nell'epoca di Servio) e fu riconosciuta anche sulle *res nec mancipi* una proprietà *ex iure Quiritium*, divenne possibile anche su di queste una *r. v.* mediante l'*actio sacramento*. Ma il valore delle *res nec mancipi* generalmente non raggiungeva i cinquanta assi; onde, per evitare l'incomodo e il pericolo della procedura sacramentale, si ricorse al mezzo artificioso di permettere alle parti, che convenissero tra di loro, di trattare la causa della proprietà non mediante l'*a. s.* come vera *lis*, ma come *iurgium*. Siccome la controversia ammetteva una domanda rigorosa sul sì o sul no, si poteva anche qui servirsi della procedura per *sponsionem*. In tal guisa l'*in rem agere per sponsionem* s'introdusse a fianco dell'*in rem agere sacramento* ».

ella *manus* nella *mancipatio* è l'apprensione della cosa) orrispondente alla *manus iniectio* extragiudiziale nell'obigazione solenne stabilita per sentenza di giudice o *nexum*...

« La protezione giuridica sulle *res nec mancipi* si limitava le azioni di furto, le quali però non si dirigevano solaente contro il ladro, ma eziandio contro il ricettatore colui che giuridicamente era riconosciuto come tale actio furti concepti »; Gai., IV, 186: « apud aliquem quaeta et inventa.... quamvis fur non sit ») e all'*actio ad chibendum* nel caso di ritenzione senza motivo (non già rtiva).

« Nelle *res nec mancipi* non si richiedeva il *dominium uctoris*, ma bastava la tradizione *ex iusta causa*. Il *b. f. ossessor* era proprietario, nè aveva a temere un'evizione; nde non c'era nemmeno bisogno dell'*usucapio* o dell'*actio uctoritatis;* l'*usus* e l'*auctoritas* (garenzia per l'evizione) delle II Tavole erano limitati alle *res mancipi.* Soltanto quando *r. v.* fu trasferita alle *res nec mancipi* e però fu resa ossibile anche in quelle una evizione, venne estesa l'*usuapio* alle *res nec mancipi* (con questo fatto è in relazione la *x Atinia*, la necessità della quale si spiega solo in questa uisa), e l'*actio auctoritatis* compensata con la *stipulatio upli.* E come si era estesa alle *res nec mancipi*, così ora applicata alle *res mancipi* l'*actio ad exhibendum.*

« Con siffatta costruzione vengono a chiarirsi una serie i singolarità dell'antico diritto. Così per esempio, quel che ppariva come un enigma agli stessi giuristi romani, l'esitenza della *condictio furtiva* accanto alla *r. v.* (Gai., IV, 4) — ell'antico diritto il proprietario nelle *res nec mancipi* era mitato solo alla prima, non aveva punto la *r. v.;* la conorrenza delle due azioni è il risultato del più tardo aggualiamento del contrapposto, per effetto del quale i principî iuridici e i mezzi giuridici (*r. v.*, *usucapio*, *actio ad exhib.*, *ond. furt.*) divennero comuni. Ancora, il divieto della *r. v.* el *tignum iunctum* — come *res nec mancipi* il *tignum iuntum* non si poteva rivendicare, ma soltanto una *condictio*

furtiva (*tignum furtivum*) era possibile. Quindi l'acqui
della proprietà sui frutti da parte del *b. f. poss.* (il «
vetustissimum bonae fidei possessoris » L. 12, § 8., D.
capt., 49, 15) — tutti i frutti erano *res nec mancipi*, anch
parti degli animali *mancipi* (Gai., II, 15), onde, second
principî generali, erano devoluti al *b. f. poss.:* soltanto
figlio di uno schiavo (*partus ancillae*) era *res mancipi*, epp
poteva essere evitto dal proprietario della madre al p
sessore di b. f., la qual cosa aveva il suo fondamento
riguardo della madre (« *dura separatio* » L. 12, § 7, D., 33,
L. 41, § 2., D. *De leg.*, 32 « *pietatis intuitu* »).

« Ancora, il bisogno dell'*actio ad exhib.* fin nell'ant
diritto (scopo della medesima era non già l'esibizione,
la restituzione della cosa, il che risulta dall'*actio furti n*
exhibiti: § 4, I. *De obl. ex del.*, 4, 1), l'estensione dell'azio
del furto a terze persone (come sostituto della *r. v.*), la nec
sità legislativa della *lex Atinia*, la quale non doveva s
tanto esprimere per la seconda volta un principio, che
contenevano le XII Tavole, ma piuttosto ha una spieg
zione soddisfacente in questo, che il divieto dell'*usuca*
nelle cose furtive si riferiva solamente alle *res manci*
col trasferimento dell'*usucapio* alle *res nec mancipi*, dove
essere espresso nuovamente per queste.

« Con questo dualismo dell'antichissimo diritto di proprie
si collega pure quel contrapposto di tanta importanza p
l'antico diritto, non solo per quel che riguarda la proprie
ma pur anco per quel che riguarda l'eredità e la tute
un contrapposto di cui finora non si è tenuto conto, *famil*
e *pecunia*.

« Il curatore ha facoltà di disporre soltanto sulla *pecun*
cioè sulle *res nec mancipi* (XII Tavole « *cura prodigi* » «
eo pecuniaque » non già « *familia* »), il tutore sulla « *famili*
in senso stretto, cioè sulle *res mancipi*, nella donna s
tanto su di lei, nel minore anche sulla *pecunia*, e il pri
cipio delle XII Tavole, che il capocasa poteva dispor
liberamente della *pecunia*, aveva per oggetto nell'uso del

parola di quei tempi le sole *res nec mancipi*. Non è per caso che la legge nel diritto di successione *ab intestato* adoperi *familia* e qui *pecunia*; solo l'alterazione successiva dell'uso della parola ha potuto ingannare i giuristi romani e i nostri odierni giuristi nell'antitesi piena di senso delle due espressioni nelle XII Tavole; i compositori delle medesime sapevano molto bene perchè sceglievano ora l'una ora l'altra » (1).

Senza dubbio questa nuova teoria del Jhering è la più elaborata sotto il punto di vista giuridico. Una serie d'istituti singolari, di vere anomalie giuridiche hanno in codesta duplice forma della proprietà primitiva così concepita una spiegazione acconcia. Ma che sia la sola spiegazione possibile, la più naturale, non si potrebbe asserire, e alcune congetture sono veramente troppo fantastiche.

Inoltre il problema non è risoluto, ma soltanto spostato; giacchè si può sempre domandare: com'ebbe origine questa duplice forma di proprietà? Però il Jhering promette per la quarta volta di stabilire in altra occasione questa teoria, unitamente all'esposizione particolareggiata dell'antico diritto di proprietà (2).

Seguendo questo medesimo indirizzo, un nuovo concetto si sviluppò negli ultimi tempi sulla base di quella opinione che noi giudicammo la più perfetta nel campo delle teorie razionali, la quale ricerca il fondamento delle *res mancipi* nel loro rapporto coll'economia familiare e sociale dell'antichissima Roma e del Lazio. Questo nuovo concetto, che a noi pare contenga in germe, almeno dal punto di vista storico, la risoluzione del nostro quesito, consiste nel considerare le *res mancipi* come la proprietà originaria della famiglia o di un gruppo sociale.

---

(1) Jhering, *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverhältnissen*, Jahrbücher für die Dogm. des R., 1885, pag. 204.

(2) [L'illustre autore moriva il 17 settembre 1892, senza più tornare sull'argomento].

Il primo, forse, a esprimere nettamente il concetto giu-
ridico di una proprietà familiare delle *res mancipi* fu
Lange: « Le *res mancipi* sono tutte di tal natura che, senz
di esse, non si può concepire l'esistenza d'una famigli
patriarcale fondata nell'agricoltura... Conforme alla nostr
veduta fondamentale (inalienabilità del patrimonio fam
liare) noi attribuiamo alla distinzione il significato che l
res mancipi dovessero ritenersi per la proprietà inalienabi
della famiglia, cui appartenevano. Esse veramente stavan
nelle mani del *paterfamilias*, che rispetto ad esse era co
siderato come *manceps;* ma egli doveva mantenerle nell
famiglia, non era quindi *dominus* nel senso posteriore dell
parola » (1).

Segue la stessa idea il Carle, il quale distingue nell
epoca gentilizia « un patrimonio che appartiene alla famigl
nella persona del capo (*res mancipii*) » e « un capitale ci
colante composto di greggi, di armenti e di altre cose mobi
(*res nec mancipii*) »; e pone a riscontro i concetti *familia*
pecunia, *heredium* e *peculium*, *mancipium* e *nec manc
pium* » (2).

Più oltre tentò questa via il Bérard: se non che la su
opinione è mescolata di concetti erronei ed arbitrarî: « L
res mancipi sono le cose, che in origine rientravano nell
proprietà dello Stato e periodicamente solevano divider
tra cittadini.

« Al tempo di Romolo — ossia nell'epoca in cui si pon
codesto personaggio leggendario — si divisero fra le trib
e le curie: da Numa fra i cittadini, sempre mantenendo
nello Stato il diritto di proprietà. A poco a poco però
cittadini si riguardarono come proprietari assoluti di quest
cose: soltanto, occorreva il consenso dello Stato, oss
una legge, per compierne l'alienazione. Questo consens

---

(1) Lange, *Römische Alterthümer*, Berlin 1863, § 34, pag. 115.

(2) Carle, *Le origini della proprietà quiritaria presso le genti d
Lazio*, Torino 1887, pag. 14.

ı ridotto in seguito a mera formalità e le cinque classi ıppresentate da cinque testimoni » (1).

Finalmente nello stesso campo ricordiamo l'ultima ipoesi accennata dal Maine in una delle sue opere ultime: La complessità delle forme richieste per l'alienazione delle *es mancipi* ci autorizza a supporre che esse costituissero n tempo il capitale inalienabile delle antiche comunità del azio » (2).

Capitolo III.

ignificato originario dell'espressione "res mancipi„ e "nec mancipi„ (3).

1. Circa il significato dell'espressione *res mancipi* e *nec ıancipi* gli scrittori concordano generalmente in un punto: he *mancipi* non sia un *nomen* ἄπτωτον, ma il genitivo conratto del vocabolo *mancipium*. L'opinione fu stabilita, come icemmo, per la prima volta dal Vossio (4). Oggi si può dire i più: non solo gli esempi di tali contrazioni abbondano ella lingua latina, ma nell'antica latinità la desinenza del enitivo nei sostantivi in *-ius*, *-ium* era semplicemente *i*. E ià i grammatici analogisti, osservando che l'*i* semplice del enitivo pareva risultare dalla contrazione del doppio *i*, vevano cominciato ad introdurre la nuova scrittura del oppio *i*; Varrone la riconobbe come la sola regolare. Preale nell'età di Augusto, specialmente in Properzio e Ovidio; e' prosatori e ne' poeti posteriori l'antica grafia non appare

(1) Bérard, *De la dist. des biens en « res m. » et « nec m. »*, Lyon 1882.

(2) Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris 884, pag. 436.

(3) [Il primo numero di questo capitolo è una nota trasportata dal ap. II, pubblicata anche indipendentemente in *Bull. dell'Ist. di diritto omano*, I (1888), pag. 46].

(4) Vossius, *De arte gramm.*, III, 46, cit. a pag. 31, n. 2. Cfr. anche Vossius, *Etym. linguae lat.*, Amstelod. 1762, v. *Manceps*, *Mancipium*.

più, salvo in casi puramente eccezionali, in cui la scrittura è ancora oscillante, ma sempre con prevalenza del doppio *i* (1).

Singolare è invece come nell'espressione *res mancipi* e *nec mancipi* la riflessione grammaticale non abbia mai alterato l'antichissima grafia, salvo l'unica eccezione del fr. 259 del Cod. Vat., l'ortografia del quale Codice del resto, secondo il Mommsen, non è già perfetta (2); venerazione per la formula veramente strana, se consideriamo che questo è l'unico esempio costante, e se consideriamo inoltre che la nuova grafia prevalse perfino in tutte le espressioni sorelle, usandosi la parola *mancipium* in ciascuna delle sue varie significazioni giuridiche: proprietà, mancipazione, potestà di mancipio (*sui mancipii esse*, *lex mancipii*, *iure mancipii*, *causa mancipii*). Inutile poi ricordare che questa è pure la scrittura costante nel significato ordinario del vocabolo *mancipium:* lo schiavo (*mei mancipii res est*, *mancipii restitutioni teneatur*, *redhibitio vitiosi mancipii*, ecc.).

Ora, poichè, sotto questo rispetto, la singolarità della formula non fu mai notata e studiata, e poichè dal fatto stesso derivano induzioni non assolutamente oziose di per sè, e di grande interesse per la teoria giuridica delle *res mancipi* e *nec mancipi*, non sia discaro che da noi si dia una dimostrazione più precisa dell'affermazione.

E dapprima, ne' tre passi di Cicerone, in cui si fa parola delle *res mancipi* o *mancupi* (*Pro Mur.*, 2, 3; *Pro Fl.*, 32, 79-80; *Top.*, 5, 28) la grafia de' varî codici è sempre con una *i* sola, e nelle molte edizioni (notiamo le migliori: dell'Orelli, del Klotz, del Müller, del Clark, del Wilkins) è sempre stampato con una *i*. Invece *lex mancipii* (*De or.*, I, 39, 178),

---

(1) Corssen, *Ausspr.*, 2ª ed., II, pag. 696-705. — Kühner, *Ausführliche Gramm. der lat. Spr.*, § 103, n. 11-13 [2ª Aufl. v. Fr. Holzweissig, Hannover 1912, I, pag. 450-54]. — Schneider, *Gramm. der lat. Spr.*, I, pag. 59-60. — Zumpt, *Lat. Gramm.*, c. 11, § 49. — Più diffusamente di tutti il Neue, *Formenlehre der lat. Spr.*, I, n. 28, pag. 84-94 [3ª Aufl. v. C. Wagener, Leipzig 1902, I, pag. 134-154].

(2) Mommsen, *Vat. Fr.*, p. IV-V [*Collectio*, III, pag. 4].

ui mancipii (*Ep. ad Brut.:* Brutus ad Cic., I, 16, 4) si trovano
on doppio *i*; v' ha discrepanza circa alla grafia di *iure*
ancipii; in un luogo però trovasi nelle edizioni odierne
ostantemente *mancipii* (*Pro Caec.*, 26, 74), in altro luogo
olte edizioni stampano *mancipi*, l'Orelli *mancipii* (*De har.*,
14): la quale ultima scrittura pertanto si può ritenere
ome normale, salvo nella nostra espressione [il ms. Par. ha
ancipi nel primo passo, i mss. Par. e Med. nel secondo].
In Plinio si ritrova pure in una frase, ch'è soltanto una
rma diversa della nostra, la scrittura *mancipi:* « in iis
mptionibus, quae mancipi sunt » (*Nat. Hist.*, 33, 3, 13).
Quanto alle fonti giuridiche, siccome nelle edizioni mo-
erne v'ha qualche confusione per la falsa idea di mutare
scrittura, che gli antichi conservarono immutata, credetti
regio dell'opera di confrontare *direttamente* il Codice di
lpiano, il palimpsesto dei Fr. Vat. e, per le Istituzioni di
aio, l'apografo dello Studemund.
Il risultato è questo. Nelle Istituzioni di Gaio l'espres-
one *res mancipi* o *res nec mancipi* si ritrova 37 volte
ostantemente scritta coll'*i* semplice. Ben è vero che la
rittura dell'*i* semplice in luogo del doppio *i* non è infre-
uente nel palimpsesto; *causa mancipii* è una volta scritto
on doppio *i*, due volte con *i* semplice, sebbene una delle
ue volte si potrebbe forse scusare. A ogni modo anche
el palimpsesto di Gaio la vieta grafia è costante, in esempi
osì numerosi, soltanto nella nostra formula.
In Ulpiano (Cod. Vat., reg. 1128, pag. 195 tergo, 196 tergo)
7 volte sempre invariabilmente coll'*i* semplice. In un caso
XI, 27) si legge nel manoscritto: *si rem mancipia alienent:*
a l'errore compare a prima vista ben naturale per la ripe-
zione dell'iniziale di *alienent.* Inoltre 8 volte il primo *i* di
ancipi è oscurato in *e* e nel manoscritto si legge *mancepi.*
Nel palimpsesto dei Fr. Vat. (Cod. Vat. 1566, pag. 60 tergo,
erso 1; pag. 88 tergo, verso 16, verso 25; pag. 19, verso 15;
ag. 18 tergo, verso 10-11; pag. 20 tergo, verso 32 (ult.);
ag. 20, verso 9-10 e scolio 1) l'espressione ricorre 12 volte

con lo scolio. Qui si presenta una curiosa deviazione: pag. 19, verso 15, si scorgono abbastanza chiaramente due *i* per vero in questo caso unico il resto della parola è illeg gibile, e sono illeggibili anche le due parole precedenti (*rebu nec*) in tutto o in parte: nondimeno la restituzione è facil e non dubbia. Negli altri 11 casi la scrittura è costante mente *mancipi*, e il fatto ha pure maggior valore, in quant che ne' Fr. Vat. la scrittura dell'*i* semplice in luogo de doppio *i* non s'incontra quasi mai.

La stessa scrittura si ritrova pure nelle varie lezioni de Codice giustinianeo (l. un., § 4, C., 7, 31).

Del resto il fatto unico nella morfologia latina della sin golare, invariabile costanza dell'antica grafia nell'espression « *res mancipi* o *mancupi* e *res nec mancipi* » fin nell'epoc più tarda della lingua latina è notato espressamente da tut gli scrittori di morfologia latina, per i quali naturalment esso non ha altro valore che quello di una semplice ano malia ortografica generata dallo spirito conservativo dei giu risti. Così il Kühner dichiara che è « una espressione tecnica sempre conservata nel linguaggio della giurisprudenza »; l Zumpt alla sua volta: « una espressione legale, avanzo dell pratica antica »; il Neue infine, lo scrittore più diffuso specialista in questa materia, si esprime così: « Un residu di codesta antichissima forma del genitivo è l'espression *res mancipi* o *mancupi* e *res nec mancipi*, conservata inva riabilmente nei libri giuridici ».

A parte l'indizio, che da questo fatto si può trarre pe la remota antichità della distinzione (giacchè questa espres sione, religiosamente conservata dai Romani fin nella vieta grafia, ci comparisce, direi quasi, come la formula più vene randa del linguaggio giuridico), esponiamo le considerazion più immediate, che scaturiscono dall'osservazione del fatt in sè.

In primo luogo dirò che non mi pare da accettarsi l'us adottato dallo Studemund e dal Krüger, che è seguìto i Italia dal Cogliolo nel suo Digesto sistematico e nella edi

zione della Storia del diritto romano del Padelletti e pare accenni a generalizzarsi, di sostituire costantemente la scrittura *res mancipii* e *nec mancipii*, poichè se la formula fu costantemente rispettata dagli antichi, anche dopo l'introduzione della nuova grafia, *nulla pretiosa ratio suadet* che si cominci ad alterarla ora. Poco male veramente se, come fa lo Studemund, con la differenza della scrittura si avverta dell'aggiunta; ma usa minor cautela in questa parte il Krüger, il quale sostituisce puramente e semplicemente *res mancipii* nella sua edizione di Ulpiano, senza nulla avvertire della sostituzione, mentre invece nota la sostituzione colla differente grafia in un caso solo (XI, 27), dove il Codice ha quell'errore di ben facile correzione: *si rem mancipia alienent.* Nella edizione del Codice di Giustiniano lo stesso autore conserva la forma *mancipi* (1).

In secondo luogo non mi sembra poi assolutamente da rigettare l'opinione che *mancipi* sia un sostantivo μονόπτωτον o piuttosto un ἄπτωτον, poichè se il nominativo fosse il

(1) [Nelle ultime edizioni di Gaio dello Studemund-Krüger è seguìta la grafia regolare *mancipi* senz'alcuna aggiunta, così pure nel Gaio e nei *Frammenti Vaticani* inseriti nelle *Fontes iuris* Riccobono-Baviera e nella nuova edizione del *Manuale delle Fonti* di P. Cogliolo. È veramente sorprendente invece che tanto il Baviera, quanto il Cogliolo seguano ancora la grafia *mancipii* nelle *Regulae* di Ulpiano, come se così leggesse il manoscritto. Egualmente sorprendente è il veder seguita questa grafia nel *Vocabolarium iurispr. rom.* edito *iussu Inst. Sav.* dal Gradenwitz, dal Kübler, dallo Schulze etc.: di un effetto poi veramente bizzarro è il veder fatta in questo dizionario la distinzione tra *res mancipii* e *nec mancipii* alla voce *accipio* e classificate tra le *res mancipii* (vol. II, pag. 89-90) le voci *oves* (!), *pecus* (!), tra le *res nec mancipii* le voci *amplius*, *dimissorias*, *epistulam*, *exercitum*, *experimentum* etc. (Cfr. la recensione di Scialoja in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, IX (1896), pag. 48). Il colmo della bizzarria è raggiunto dal prof. (!) Leoni, *Dell'emancipazione*, Padova 1896 (!), pag. 14-15, n. 1, ove, tra varie peregrine scoperte, si legge *letteralmente* questa « importante (*sic!*) » considerazione: « che *dopo l'ultima lettura* (!) del manoscritto di Gaio da lui fatta, lo Studemund avrebbe *adottato* (!) la lezione di *res mancipii* e *nec mancipii* a vece di quella *res mancipi* e *nec mancipi*, che prima era generalmente adottata ». Credo che nessuno troverà esagerati i punti ammirativi di cui ho cosparso questo elenco di errori e di sogni].

mancipium, secondo il concetto classico, probabilmente la sostituzione del doppio *i* all'*i* semplice sarebbe stata fatta, come fu fatta nel genitivo del *mancipium* classico; è piuttosto probabile che il nominativo fosse un *mancipium* o *mancupium* molto più antico de' vari sensi, che ha il vocabolo *mancipium* nella lingua classica: un significato di cui non si conserva traccia che in questa sola forma del genitivo e in questa sola unione, il quale perì, come perirono a grado a grado, successivamente, gli altri significati della stessa parola, collo spegnersi o col modificarsi dell'istituto che rappresentavano. Nella storia delle lingue il fatto è abbastanza frequente.

In terzo luogo non mi pare che neppure l'accento sull'antipenultima sia da rigettare senz'altro come un *pravus accentus*, per usare la parola dello Studemund, poichè se è vero che in caso di contrazione del doppio *i* o dell'*ie* finale la regola è che l'accento non si debba ritirare, la regola stessa (che è poi una eccezione alla regola generale dell'accento, e come eccezione la considera Prisciano) non è affatto senza contrasto da parte degli stessi grammatici latini. Aulo Gellio l'ammette per ogni caso: Negidio Figulo la nega pel vocativo, ed è perciò deriso da Aulo Gellio (*Noctes Att.*, XIII, 24), il che mostra che l'uso popolare era talvolta ripugnante a seguire questa norma eccezionale, che contrastava, per una ragione etimologica, all'indole della pronuncia e alle leggi fonetiche della lingua latina, le quali richiedono a ogni modo che l'accento sia sull'antipenultima, perchè la penultima, *cĭ*, è breve. Nel caso presente poi l'oscura e remotissima vetustà della formula, e quindi, a un tempo stesso, l'incoscienza del concetto originario suo e il logorìo della parola *mancipi*, logorìo che, in un primo momento, si suol palesare appunto col ritrarsi dell'accento per una più breve e rapida pronuncia, la sostituzione non mai operata del doppio *i*, l'indebolimento e l'oscuramento dell'*i* medio, ove dovrebbe posar l'accento, in *e*, che si osserva così spesso nel manoscritto di Ulpiano, l'uso istesso della parola in più casi a

guisa d'un aggettivo indeclinabile (« sint necne sint mancipi » « in iis rebus, quae mancipi sunt » « eius rei, quae mancipi est » « in iis emptionibus, quae mancipi sunt » « solum italicum mancipi est, provinciale nec mancipi » « tametsi ususfructus mancipi non sit » « praedium, quod mancipi est » « eius quod nec mancipi est ») può ben indurre nell'opinione che l'uso popolare avesse trionfato, perchè non si avesse più chiara coscienza che *mancipi* era un genitivo contratto. Infine, come argomento decisivo, ci occorre una tarda, ma preziosa testimonianza di Prisciano, vissuto sullo scorcio del quinto secolo d. C., il quale si mostra più volte oscillante se debbasi considerare *mancipi* come un sostantivo indeclinabile o piuttosto come un dativo di *manceps* (Prisc., *Inst.*, dativo, IV, 2, 7; XVIII, 3, 29; dat. di *manceps*, VI, 2, 12, dativo o indeclinabile, XI, 6, 24), con che è palese non solo che ai suoi tempi certamente la parola si doveva scrivere con un solo *i* e pronunciare coll'accento sull'antipenultima, ma che la coscienza della forma era affatto perduta.

2. Se non che, ritenendo pure l'opinione generale che *mancipi* sia un genitivo contratto di *mancipium*, noi non conveniamo coi più sul significato, che in origine avrebbe avuto la parola *mancipium* in cotesta unione. S'interpreta comunemente *mancipium* nel caso nostro come sinonimo di mancipazione; ma osserviamo che ne risulta per tal guisa una locuzione sforzata, un uso del genitivo in senso aggettivale affatto anomalo e singolare, tanto in latino quanto in italiano, perchè nemmeno noi diremmo cose di vendita, di tradizione, di mutuo e simili.

Ben è vero che Gaio deriva la denominazione delle *res mancipi* dall'uso della *mancipatio* (1). Se non che nel significato vero, originario dell'espressione non è a far fondamento sul testo di Gaio, poichè gli antichi procedevano nelle etimo-

(1) Gai., II, 22.

logie con maravigliosa leggerezza, e con criteri meramente illustrativi del concetto vivo a tempo loro, non guardando nè all'analisi delle forme, nè al costrutto grammaticale che ne risultava (1).

Del resto vedremo or ora come in tutta codesta teoria un'alterazione e un travisamento dei concetti più antichi sia quasi normale nelle fonti stesse; un errore sempre probabile negli autori non giuridici.

Più ragionevole sotto il punto di vista filologico si presenta l'altra opinione che *mancipi* fosse genitivo di *mancipium* nel senso classico più antico di proprietà, dacchè avremmo un genitivo partitivo o un genitivo di pertinenza affatto regolari; ancora, non mancano esempi di perfetta analogia: « sui *mancipii* esse » (2), « res, quae *dominii nostri* sunt », « quamvis non sint *nostri dominii* » (3).

Qualunque sia la significazione originaria della formula, sembra ragionevole che debba essere piuttosto analoga alla presente che non a quella seguìta dall'opinione comune.

Noi riteniamo che il nominativo di *mancipi* fosse il diritto più che l'atto o il negozio di *mancipium* o *mancupium*, ma il diritto con un valore e un colorito più arcaico del senso propriamente classico.

L'ipotesi ci sembra confortata precisamente dagli indizi filologici raccolti: la scrupolosa venerazione della formola, quasi cristallizzata nella espressione *res mancupi* o *mancipi*

---

(1) [Nella mentalità popolare procedimenti siffatti sono sempre vivi. Un mio amico nell'ispezione di una scuola femminile intese la maestrina illustrare alle sue fanciulle il concetto di *repubblica* coll'etimologia « re è il pubblico »; nè egli credette d'intervenire, anche per non esporsi al terribile cimento di giustificare la vera etimologia coll'evoluzione di significato della parola *res publica*].

(2) Cic., *Ep. ad Brutum* (Brutus ad Cic.), I, 16, 4.

(3) L. 181, D., 50, 16. — Cfr. anche *res mei dominii*, *sui dominii*, ecc., in L. 1 pr., D., 8, 5; L. 4 eod.; L. 2, § 6, D., 39, 5; L. 13, § 7 *in fine*, D., 47, 10; § 37, I., 2, 1; Coll., 12, 7, 10; Fest., v. *Emancipati*, e le frasi comuni *mei iuris*, *sui iuris* (per es. *monumentum*, *saltus*, *aedificium mei*, *sui iuris* nelle nostre fonti e nelle epigrafi).

e *res nec mancipi*, che sembra accennare di per se stessa a un concetto e a un istituto antichissimo; la costanza colla quale l'antiquata grafia del genitivo *mancipi* si mantenne rigidamente e invariabilmente nella lingua latina in questo solo esempio, mentre questa parola istessa in altri casi formava regolarmente il genitivo con doppia *i*; e da ultimo il riflesso che la coscienza della forma e della significazione originaria era perduta o travisata, e l'accentuazione regolare del vocabolo alterata, giacchè non si sentiva più che *mancipi* fosse un genitivo contratto.

3. In tutta codesta materia della *res m.* e della *mancipatio* è veramente degna di nota la grande alterazione di parole e di concetti, per effetto della quale in un'epoca successiva le stesse parole, le stesse locuzioni, sono usate in un senso totalmente diverso, bene spesso in perfetta opposizione con quello che ebbero nelle epoche anteriori: non solo, ma talora appaiono persino comprese e interpretate dai nuovi scrittori in questo significato più moderno nelle fonti più antiche, che le adoperano in significato diverso.

Allo scopo di rischiarare e mostrare codesta confusione e codesto processo continuo di alterazione e di dissoluzione, e a un tempo stesso preparare la via per la ricostruzione del concetto originario, crediamo debito di fare una rapida analisi dei vocaboli e delle locuzioni principali che si ricollegano al nostro tema, « mancipare, mancipatio, emancipare, emancipatio, mancipium, mancipio dare, accipere, ecc. ».

Il significato più antico della parola *mancipare* nelle fonti (non diremo il senso originario) è *acquistare* nella forma del *mancipium*, che è il vocabolo usato in antico per l'atto della *mancipatio*: « mancipio accipere » (1).

Però nell'epoca della giurisprudenza classica la stessa parola è adoperata costantemente in un senso precisamente

(1) *Mancipare*, acquistare per mancipazione: Plaut., *Curc.*, IV, 2, 10: « alienos *mancupatis*, manu alienos emittitis » (comperate e vendete schiavi altrui).

opposto e disforme dalla sua chiara etimologia, cioè *alienare* nella forma del *mancipium* o della *mancipatio:* « mancipio dare », non già « mancipio capere ». Il passaggio avvenne probabilmente così: il vocabolo si prese dapprima ad usare nel senso generico, astratto di *compiere l'atto della mancipazione*, e in seguito per una naturale confusione dell'atto colla parte attiva si usò come un sinonimo di *mancipio dare*, che del resto fu sempre l'espressione preferita. I casi delle nostre fonti riguardano fondi (*fundi*, *agri*, *praedia*, *horti*, *domus*, *aedes*, *areae*), schiavi, sepolcri (*monumenta*, *columbaria*, *ollaria*, *cineraria*), il patrimonio nel *testamentum per aes et libram*, i figli, sia mancipati effettivamente, sia mancipati allo scopo di liberarli dalla patria potestà o darli in adozione, e le donne (1).

---

(1) Mancipare, alienare per mancipazione: A) fondi: Plin., *Ep.*, VII, 18, 2. — Tac., *Ann.*, 1, 73: « quodque, venditis hortis, statuam Augusti simul mancipasset ». — Ascon., *in Cic. orat. in toga candida* (Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Font. jur. rom. ant.*, VII ed., v. II, pag. 69). — Don. Fl. Syntrophi (Bruns, II, n. 139, p. 337). — C. I. L., V, pag. 478, n. 4489; VI, II, pag. 1355, n. 10232. — Gai., IV, 131 a. — Fr. Vat., 80; 252 a; 285. — Boëth., *in Cic. Top.*, IV, 10, 41 (Bruns, II, pag. 74). — B) schiavi: Tac., *Ann.*, II, 30. — Ulp., I, 16. — Paul., I, 7, 6. — [Form. Fabiana, 4]. — C) sepolcri: Bruns, *Donationes*, n. 140, 1, 3, pag. 338-339; nell'ultima iscrizione *ol* è forse da completare non in *ollas*, come pone il Mommsen, ma in *ollaria* conforme a tutte le altre di tal genere; ciò consiglia l'estensione della lacuna: cfr. C. I. L., VI, 2, n. 211. — Bruns, *Iura sep.*, n. 172, 11, pag. 378. — D) patrimonio (nel *testamentum per aes et libram*): Gai., II, 104. — Ulp., XX, 13. — [Nel testamento integro di G. Longino Castore, scoperto nel 1894, si attesta il cerimoniale della *mancipatio*, ma il verbo usato in relazione alla *familia pecunia* doveva essere nel testo latino *emit*, se si deve arguire dalla versione greca che noi possediamo]. — E) figli e donne: Gai., I, 117; 118; 118 a; 123; 132; 135; 162; 166 a; IV, 79. — Gai., *Ep.*, I, 6, § 3. — Ulp., X, 1; XI, 5. — Fest., v. *Emancipati* (Bruns, II, pag. 7). — F) in generale (*res mancipi* o senza alcuna relazione): Hor., *Ep.*, II, 2, v. 158, 159: « Si proprium est quod quis lingua mercatur et aere — Quaedam, si credis consultis, *mancipat* usus. ». — Gai., I, 120; 121; II, 26; 29; 33; 204. — Paul., I, 7, 8; I, 13 a, 4. — Ulp., XIX, 6. — Fr. Vat., 293, 329. — Festus, v. *Rodus* (Bruns, II, pag. 33). — Isid., *Orig.*, V, 25, 23 (Bruns, pag. 82). — Instr. don. Runilonis (a 553) « quae tradenda erant tradidimus, quae *mancipanda* erant, *mancipavimus* » (in Spangenberg, *Iur. rom. tab. neg. soll.*, Lips. 1822, tab. XXXI,

Negli scrittori più tardi, e più abbondantemente nell'era della decadenza, allorchè fu quasi svanito l'uso e il valore giuridico della parola, si prese ad usarla in un senso figurato, che deriva da questo, ed è, come questo, perfettamente antitetico alla etimologia: « abbandonare, dare in balìa, attribuire, dedicare, ecc. », e ne fornisce numerosi esempi il Cod. Theod. nelle espressioni « *se mancipare* o *mancipari* » (1).

Parimente *mancipatio* doveva, se mai venne usato questo vocabolo nella letteratura classica, significare l'*acquisto* nella forma del *mancipium*, derivando dal verbo *mancipare* e designando per la sua formazione l'azione o l'atto nel senso subbiettivo, non nel senso obbiettivo. Ma negli scrittori dell'età repubblicana *mancipatio* non si ritrova mai. La prima

---

pag. 185): se non che, come annota lo Spangenberg, in questo esempio si contiene, come in altri negozi, una mera formula notarile, vuota di senso. [V. tuttavia, per le mancipazioni impressionanti dell'epoca longobarda e carolingia, il cap. VI sui modi di alienazione]. — Boëth., *in Cic. Top.*, IV, 10, 45. — *Remancipare* (fiducia): A) fondi: Boëth., *in Cic. Top.*, IV, 10, 41 (Bruns, II, pag. 74). — B) figli e donne: Gai., I, 115; 115 a; 134; 137 a; 140; 172; 175; 195 a. — Gai., *Ep.*, I, 6, § 3. — Fest. (Gallus Aelius) v. *Remancipatam* (Bruns, II, pag. 31).

(1) Mancipare, abbandonare, dare in balìa, ecc.: Tac., *Hist.*, II, 71: « Luxu et saginae *mancipatus* emptusque ». — Apul., *Met.*, IX, 14: « Mero et continuo stupro corpus *manciparat* »; Ibid., X, 8: « *Mancipabatur* potestas capitis in manum carnificis ». — Tert., *De idol.*, c. 1: « daemoniis — idola *mancipantur* ». — *Adv. Gent.*, c. 21, c. 24: « deo *mancipari* ». — *De spect.*, c. 2: « eamque universitatem (bonorum) — homini *mancipatam* ». — « *Dies otio mancipare* o *mancipari* otio » (L. 1, § 1, Cod. Theod., II, 8; L. 4, Cod. Theod., *De re milit.*, VII, 1); « curiae » o « nexui curiae » (L. 35; 39; 124, Cod. Theod., *De dec.*, XII, 1); « *Mancipari* praemio » (L. 1, Cod. Theod., *De his qui se defer.*, X, 2). — « *Mancipari* » o « *sese mancipare* » clericorum consortio, custodiis, carceris custodiae, functionibus, curiarum functionibus, curiis, honoribus, censuali ministerio, ordini, propriis urbibus (L. 163, Cod. Theod., *De dec.*, XII, 1; L. 19, Cod. Theod., *De poenis*, IX, 40; L. 4, Cod. Theod., *De custodiis reor.*, IX, 3; L. 135, Cod. Theod., *De dec.*, XII, 1; L. 83, ibid.; L. 46, ibid.; L. 4, Cod. Theod., *De Tab.*, VIII, 2; L. 14; L. 18; L. 175, Cod. Theod., *De dec.*, XII, 1; L. 48, ibid). — Anche nel Cod. Just.: *Mancipari* flammarum exustionibus (Const., L. 2, Cod., *De falsa mon.*, 9, 24); praemio (Const., L. un., Cod., *De his qui se def.*, 10, 13); effectui (Just., L. un., Cod., *De l. Fuf. Can. toll.*, 7, 3).

volta (l'unica in autore non giurista) compare in Plinio: nondimeno in questo senso precisamente parrebbe doversi interpretare il testo di Plinio (1), se pure in quel testo tanto contrastato essa non denota semplicemente l'acquisto senza riguardo alla forma giuridica.

In seguito denotò, e si mantenne in questo senso il vocabolo tecnico della giurisprudenza classica, *l'atto stesso del mancipium*, e conseguentemente, per lo stesso processo di travisamento, che abbiamo osservato in *mancipare*, l'alienazione nella forma del *mancipium* o della *mancipatio*; es. « mancipationem facere alicui » (2).

Naturalmente della *mancipatio* si hanno gli stessi casi (3).

Pertanto anche nella parola *mancipatio*, come nella parola *mancipare*, seguendo un processo identico, si giunge ad un concetto repugnante coll'etimologia e col concetto più antico.

Nè basta. Riguardo alla *mancipatio* v'ha una maggiore confusione, e noi abbiamo taluni testi in cui si può sospettare che la si usi in luogo di *mancipium*, potere giuridico su di una persona libera, ed altri testi, in cui, a mio avviso, la parola *mancipatio* fu erroneamente sostituita dal compilatore a *mancipium*, proprietà.

---

(1) Mancipatio, acquisto per mancipazione: Plin., *Hist. Nat.*, IX, 35, 117 (58): « Lolliam Paullinam — vidi smaragdis margaritisque opertam — quae summa quadrigenties H S colligebat: ipsa confestim parata *mancupationem* tabulis probare. Nec dona prodigi principis fuerant, sed avitae opes, provinciarum scilicet spoliis partae ». [V. in seguito cap. VI].

(2) Bruns, n. 140, 2, pag. 339 (Donatio sepulcri).

(3) Mancipatio, alienazione nelle forme della *mancipatio:* A) fondi: Gai., II, 31. — Fr. Vat., 263; 268; 313. — Boëth., *in Cic. Top.*, IV, 10, 41 (Bruns, II, pag. 14). — B) sepolcri: Don. Stat. Iren., « donationis *mancipationisque* causa » (Bruns, n. 137, pag. 336). — Alia donatio (Bruns-Mommsen, n. 140, 2, pag. 339). — Fabretti, pag. 53, n. 307. — C) patrimonio (*nel testamentum per aes et libram*): Gai., II, 104. — Ulp., XX, 2; 3; 9. — § 1, I., 2, 10. — D) figli e donne: Gell., V, 19, 3. — Gai., I, 113; 132; 132 a; 134; 135 a; 137; 162; II, 141; IV, 79. — Gai., *Ep.*, I, 6, § 3. — Ulp., X, 1; XXIII, 3. — Paul., II, 25, 2. — Fr., 8, § 1, D., 28, 3. « Filia cum emancipatur vel nepos, quia una *mancipatione* exeunt de potestate, testamentum non rumpunt » (inserito, come appare, malamente dai compilatori). — Fest., *Mancipatione adoptatur* (Bruns, II, pag. 13). —

I primi sono i seguenti: Gai., I, 135: « ... quamdiu pater eius in *mancipio* sit, pendeat ius eius: et siquidem pater eius ex *mancipatione* manumissus erit, cadat in eius potestatem; si vero is dum in *mancipio sit* decesserit, sui iuris fiat »; Gai., I, 162: « ... in his qui *mancipio* dantur quique ex *mancipatione* manumittuntur »; Gai., II, 141: « Filius, qui ex prima secundave *mancipatione* manumittitur »; Ulp., XXIII, 3: « Si filius ex prima secundave *mancipatione* manumissus sit, ecc. ».

Il contenuto dei testi, la costruzione grammaticale dei medesimi, ed infine nel primo testo citato anche l'ordine logico dei concetti possono indurre grave sospetto che *mancipatio* sia in essi usata come la potestà di *mancipium*, tanto più che abbiamo un luogo di Paolo, in cui ricorre in una frase quasi identica regolarmente la parola *mancipium*; « ex primo secundove *mancipio* manumissus » (1).

Più gravi sono gli altri testi, poichè si tratta qui, per quel che ne sembra, di una vera confusione d'idee, generata da codesta confusione di parole. Il primo, famoso, citato dal Niebuhr e da tutti gli scrittori di cose agrarie, è di Festo: « Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui non *mancipatione*, sed usu tenebantur » (2).

Arc. et Hon. (a. 389), L. 8, Cod. Th., IX, 14 (Gotofredo, e ora P. Meyer e Mommsen, correggono: *emancipatio*). — E) in generale: Gai., I, 119-121; II, 22; 25; 33; 65. *Ep.*, I, 6, § 3. — Ulp., XIX, 2; 3; 4. — Paul., I, 7, 8; II, 17, 3. — Fr. Vat., 47; 50; 51; 266 a; 310; 311. Notevole è il Fr. Vat., 287: « mancipatione totius patrimonii » (il testo, di Costantino (a. 318), è lacunoso). — Front. (Gromatici Veteres, ed. Lachmann, Berlin 1848, pag. 36, v. 5, 6). — Ag. Urb. (ibid., pag. 63, v. 4). — Fest., v. *Possessiones* (Bruns, II, pag. 25). — Isid., *Orig.*, V, 25, 31; XV, 13, 3 (Bruns, II, pag. 82, 85: l'ultimo testo di Isidoro e il precedente di Festo erronei, a nostro avviso). — Const. (a. 319), L. 4, Cod. Theod., VIII, 12. — Const. (a. 333), L. 5, *eod.* — Constantius (a. 355), L. 6, *eod.* — Arc. et Hon. (a. 395), L. 9, C. Th., XV, 14 (Gotofredo, e ora P. Meyer e Mommsen, correggono: *emancipatio*). — Diocl., Ex Corp. Herm., tit. *de don. inter vir. et ux.*, nella *Cons. vet. iurisc.*, VI, 10. — Fr. 77, D., 50, 17 [nel testo della Fior., genuino certamente, ma erroneo dal punto di vista giustinianeo].

(1) Paul., IV, 8, 7. — (lo stesso: *Coll. leg. Mos. et Rom.*, 16, 7).

(2) Fest., v. *Possessiones* (Bruns, II, pag. 25).

Si tratta qui degli *agri publici* concessi all'uso privato (*publici privatique*) (1), dei quali, dicono gli antichi, il privato cittadino ha il possesso e l'uso, non già la proprietà.

Or come invece nel passo di Festo all'*usus* è opposta la *mancipatio?* E che rapporto logico v'ha tra l'*usus* e la *mancipatio* da contrapporli come due concetti contraddittorî in una costruzione limpidamente antitetica? La cosa, a mio credere, si spiega naturalmente così: Si sa che l'opera di Festo è un compendio dell'opera di Verrio Flacco: ora Verrio Flacco, che visse nell'epoca di Augusto, in ogni caso dovette in luogo di *mancipatio* scrivere *mancipium*, poichè *mancipatio* non è d'uso presso nessuno scrittore dell'età repubblicana o de' primi tempi dell'impero; quindi l'inciso nel testo originario era così concepito: « non mancipio, sed usu ». Ora se noi avessimo innanzi il testo di Verrio Flacco non ci verrebbe certo in mente di interpretare *mancipium* come *mancipatio*, bensì come proprietà; ma per i tempi di Festo era altra cosa, e sarebbe strano che Festo non avesse preso abbaglio. Pertanto, poichè il *mancipium* era sparito dall'uso, poichè il contrapposto poteva non apparire strano, interpretando *usus* nel senso di *usucapio*, la quale interpretazione nel caso presente è un errore grave, sostituì semplicemente e ciecamente nel passo di Verrio Flacco la parola *mancipatio* e scrisse, variando forse anche il tempo del verbo: « qui non mancipatione, sed usu tenebantur ».

Del resto è noto quali strane e inintelligibili alterazioni subirono i testi antichi sotto la penna di Festo o del suo barbaro abbreviatore (2).

---

(1) È la spiegazione data dal Rudorff di questo inciso (*Röm. Feldmesser*, II, pag. 314, n. 220, e pag. 315).

(2) Il testo istesso, che noi consideriamo, è senza dubbio nuovamente alterato nell'ultimo inciso, poichè termina con un vocabolo inintelligibile: « et ut quisque occupaverat *collidebat* ». I più [ora anche Wallace M. Lindsay nella recente edizione Teubner], seguendo la prima edizione dell'Ursino, leggono «*possidebat*» conforme al passo di Isidoro (XV, 13, 3); il Niebuhr «*colebat*»: lezione forse più probabile, sì per la naturale e frequente geminazione di sillaba, con che si potrebbe

Se non che v'hanno pure altri argomenti per ammettere codesta spiegazione. Non solo il senso che risulta dal passo genuino di Festo è una stravaganza o piuttosto un nonsenso, mentre è perfettamente ragionevole l'altro significato; non solo l'opposizione di proprietà ed uso nella *possessio* dell'*ager publicus* è regolare — chè l'*usus* è un concetto identico o correlativo a *possessio* e quindi opposto a *dominium* — ma questa opposizione era un caso generale, quasi un luogo comune degli scrittori Romani, ed è espressa in termini quasi identici o analoghi al testo di Flacco: « vita *mancipio* nulli datur, omnibus *usu* » « *usu* est illis vita, non *mancipio* tradita » « fortuna dat multum *usu*, *mancipio* nihil » « *fructus* est tuus, *mancipium* illius » « cuius-proprium te esse scribis *mancipio et nexo*, meum autem *usu et fructu* » (1).

Adunque l'alterazione nelle parole e nelle idee successa in questa materia aveva condotto già ai tempi di Festo a non capire più i concetti e le parole dell'epoca di Augusto.

L'altro testo è di Isidoro:

« Possessiones sunt agri late patentes publici privatique, quos initio non *mancipatione*, sed quisque ut potuit occupavit atque possedit, unde et nuncupati ».

---

spiegare l'errore, sì per il confronto con un passo di Frontino riguardante gli *agri occupatorii:* « non solum *occupabat* unusquisque quantum *colere* praesenti tempore poterat, sed quantum in spem *colendi* habuerat ambiebat » (ed. Lachmann, pag. 115, v. 2-3). Stranamente corregge il Voigt: « *colligebat* » (*XII Taf.*, II, 225, n. 11).

(1) V. in seguito. Anche dopo la sostituzione di *dominium* o *proprietas* a *mancipium* si conserva nell'antitesi non di rado *usus* in luogo di *possessio* o insieme con *possessio:* Liv., XLV, 13: « *Usu* regni contentum scire, *dominium* et *ius* eorum, qui dederint esse ». — Hor., *Sat.*, II, 2, 134: « Ager — erit nulli *proprius*, sed cedet in *usum* — Nunc mihi nunc alii ». — Gai., II, 7: « *Dominium* populi romani est vel Caesaris, nos autem *possessionem* tantum vel *usumfructum* habere videmur ». — Iavol., fr. 115, D., 50, 16: « Possessio ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cuius *proprietas* ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc *possessionem* appellamus: *possessio* ergo *usus*, ager *proprietas* loci est ». — Laudatio Murdiae, lin. 12-13 (Bruns, n. 127, pag. 327): « *usu* suo custodita, *proprietati* meae restituerentur ».

Sembra dalle parole che il testo sconciato dal vescovo Isidoro sia quello appunto di Festo, ossia per la seconda volta quello del povero antico Verrio Flacco.

Del resto, avesse pure avuto dinanzi un testo più corretto, certo Isidoro, vissuto in un'epoca così tarda, non lo avrebbe inteso meglio di Festo, tanto più che il vescovo di Siviglia, più che un compilatore, è un vero raffazzonatore e non capì nemmeno cose abbastanza chiare.

Un analogo processo di alterazione e di confusione ci mostrano le parole *emancipare*, *emancipatio*. In antico — e questo significato si conservò negli scrittori non giuridici — indicarono l'alienazione nella forma del *mancipium*, come di poi « mancipio dare » o « mancipare »; e le troviamo applicate a fondi, sepolcri, al patrimonio nel *test. per aes et libram*, ai figli dati in adozione o a mancipio ovvero emancipati, alle donne (1); in un senso più generale, fuor dell'uso propria-

---

(1) EMANCIPARE, EMANCIPATIO, alienazione nella forma della *mancipatio:* A) fondi: PLIN., *Ep. ad Trai.*, X, 4 (3), 3: « Et fundos *emancipavit* et cetera, quae in *emancipatione* implenda solent exigi, consummavit ». — VAL. MAX., VIII, 6, 3: « dimidiam partem (i. e. agri) filio *emancipavit* ». — SUET., *Oth.*, 4: « agrum redemit *emancipavitque* ». — QUINT., *Inst. or.*, VI, 3, 44: « Paterna *emancupare* praedia turpius habebatur ». — ORELLI-HENZEN, n. 6634; C. I. L., XI, 3003: « Fons est *emancipatus: emancipatis* sibi locis itineribusque eius aquae » (BRUNS, pag. 341). — B) sepolcri: JURA SEPULCR.: « donationis causa *emancipatum* » (BRUNS, pag. 379, n. 15). — « donationis vel *emancipationis causa* » (ibid., pag. 380, n. 22). — C. I. L., V, 1, n. 890: « sepulcrum *emancipatum* ». — FABRETTI, pag. 10, n. 40: « columbaria n. IV *emancipavit* ». — C) patrimonio (nel *test. per aes et libram*): GELL., XV, 27, 3: « Testamentum per familiae *emancipationem* ». — § 1, I., 2, 10: « genus testamentorum — per aes et libram — per *emancipationem* agebatur ». — D) figli e donne: CIC., *De fin.*, I, 7, 24: « in adoptionem (filium) D. Silano *emancipaverat* ». — L. 11, C., 8, 48: « In adoptionibus, quae per tres *emancipationes* fieri solebant ». — FEST., v. *Emancipati* (BRUNS, II, pag. 7): « *Emancipati* duobus modis intelliguntur: aut ii, qui ex patris iure exierunt, aut ii, *qui aliorum fiunt dominii* ». — LAUD. TURIAE, lin. 17: « *emancupata* esset Cluvio » (BRUNS, pag. 323). — TERT., *Apolog.*, c. 9: « adoptandos melioribus parentibus *emancipatis* ».

mente giuridico, significarono semplicemente « alienare (1), abbandonare, dare in balìa » (2).

Posteriormente sopravvissero nell'unico significato di abbandono della patria potestà nel solo caso di emancipazione, benchè anche in questo senso abbiamo talvolta l'uso di *mancipare* (3); furono però le parole più fortunate, poichè in questo senso ristretto giunsero fino a noi. In ogni altro significato « alienare nella forma del *mancipium* » semplicemente « alienare » « abbandonare, dare in balìa, concedere, ecc. » furono sostituite dalle parole opposte « mancipare (mancipio dare), mancipatio ».

Se non che neppure al significato, che ci appare più antico, noi crediamo si debba fermare la nostra analisi, perchè si può ben sospettare che già in questo una prima evoluzione fosse avvenuta. Probabilmente nelle parole « mancipare, mancipatio, emancipare, emancipatio » in origine non si ebbe riguardo alla forma di trasmissione del diritto, o almeno non si ebbe riguardo alla forma di trasmissione sola, ma al diritto stesso, e significarono non già acquistare o alienare nella forma del *mancipium*, ma ricevere nel proprio

---

(1) Emancipare, alienare in generale: Quint., *Decl.*, 298: « hereditatem (*var.:* libertatem) *emancipaveris* ». — Cic., *Phil.*, II, 21, 50: « venditum atque *emancipatum* tribunatum ».

(2) Emancipare, abbandonare, dare in balìa: Plaut., *Bacch.*, I, 1, 92: « Tibi me *emancupo*, tuos sum ». — Cic., *De sen.*, 11, 38: « ita — senectus honesta est si se ipsa defendit, si ius suum retinet, si nemini *emancipata* est » (Cfr. Non. ad h. l.: « *Emancipatum:* subnixum, deditum) (*De comp. doctr.*, II, De hon. et nov. veter. dictis, v. *Emancipatum*). — Hor., *Epod.*, IX, 11-12: « Romanus — *emancipatus* feminae ». — Sen., *Ep. ad Lucil.*, V, 4, (45): « Non me cuiquam *emancipavi*, nullius nomen fero ». — Ibid., XIX, 7, 116: « non est committendum ut incidamus in rem commotam, impotentem, alteri *emancupatam* ». — Sen., *De ben.*, I, 3, 6: « Graecis *emancipatus* ». — Sen., *Ibid.*, IV, 2, 3: « Ipsam voluptatem, quam sequor, cui me *emancipavi* ». — Sen., *Controv.*, 9, 5 (28), 8: « veneficae *emancipatum* ». — Apul., *Metam.*, X, 4: « ad omne facinus *emancipato* quodam dotali servulo ». — Tert., *Adv. Marc.*, II, 6: « bonum *emancipatum* ». — Ibid., IV, 8: « oppida *emancipata* ».

(3) Plin., *Ep.*, IV, 2, 2. — Gai., II, 135. — Ulp., XXII, 23 (Forse si tratta di scorrettezze ne' codici).

mancipium o trasferire nel *mancipium* altrui, acquistare o alienare una cosa che fa parte del *mancipium*. Sembra favorire codesta induzione la forma stessa del vocabolo e la considerazione astratta che è forse più conforme alle leggi naturali del linguaggio che da principio siasi pensato piuttosto al rapporto giuridico, che si fonda o si distrugge, che non all'atto giuridico, per mezzo del quale si fonda o si distrugge; ma verrà pure confermata dall'analisi successiva, e specialmente dal confronto colle espressioni parallele « mancipio dare, mancipio accipere » nelle quali si osserva una simile alterazione ed oscillazione di significato.

Ed ora veniamo ad esaminare le significazioni etimologiche testuali, con che avremo una riprova di quello che più volte abbiamo accennato, cioè quanto l'etimologia empirica abbia turbato funestamente i concetti così nella nostra teoria come in quella della *mancipatio*. Secondo una etimologia testuale, che si ritrova nell'Epit. di Gaio (I, 6) « *mancipare* » vale « *manu tradere* », e alla medesima s'accosta una etimologia moderna, approvata da qualche scrittore « mancipio dare ». Ora per questa prima derivazione è chiaro che, s'ella è conforme al senso posteriore del vocabolo, contrasta assolutamente sia col senso più antico, sia, quel ch'è più evidente, colla semplice scomposizione del vocabolo stesso *mancipare*. Sicchè questa derivazione non è generalmente seguìta: *mancipare*, secondo la più parte dei giuristi moderni, significa chiaramente *manu capere*, e vi trovano un simbolo della *mancipatio*: la nuova etimologia alla sua volta ha l'appoggio delle Istituzioni di Gaio (I, 121) (1). Sventuratamente nella parola questo simbolo non c'è: *mancipare* non può derivare direttamente da *manu capere*, altrimenti sarebbesi detto *mancapere* o *mancipere*: invece *mancipare* si palesa, secondo una etimologia scientifica, non già come una forma primitiva o verbale, cioè derivata immediatamente dalla forma verbale *capere*, ma come un verbo deri-

(1) Cfr. anche Isid., *Orig.*, V, 25, 31 (Bruns, II, pag. 82).

vato o denominativo, cioè formato da un tema nominale: e il *nomen*, da cui si formò, è appunto *mancipium* (1); onde *mancipare*, secondo la sua derivazione, ebbe questo valore « acquistare, nella forma del *mancipium* » o piuttosto « acquistare, aggiungere al proprio *mancipium* » come abbiamo già espresso. Sicchè anche l'etimologia conferma il nostro concetto.

Certamente *mancipium* deriva da *manu capere* (2): ma non è necessario per questo di supporre che la parola avesse nelle origini un senso così gretto, quando è noto che il linguaggio primitivo deve esprimere le idee più astratte colle forme più materiali e più anguste (si dice del resto anche nell'uso classico *ager manu* captus!), ed inoltre è bene a

---

(1) Cfr.: iudex, iudicium, iudicare (*iudicium facere*, non *ius dicere!*); auspex, auspicium, auspicare (i) (*auspicium facere*, non *aves specere!*); pontifex, pontificium (Gell.), pontificare (*pontificium facere*, non già *pontem facere*, se pur questa è l'etimologia prima); auceps, aucupium, aucupare (i) (*aucupium facere*, non *aves capere*); e nella stessa guisa: index, indicium, indicare; praes, praedium, praedare; heres, heredium, heredare, etc. Neppur *nuncupare* deriva direttamente da *nomen* o *nuntium capere*, significando appunto il contrario: ma la voce *nuncupium*, da cui si formò, non si è conservata. [Debbo pur sempre deplorare la leggerezza con cui procedono anche intelletti acuti, seguendo apparenze troppo vistose. Si continua ad asserire che *mancipare* deriva da *manu capere*, che *peculium* deriva da *pecus*, che *superficies* deriva da *super facere*, ecc., e se ne traggono induzioni circa gli oggetti cui sarebbe stato applicabile il primo atto (le sole cose mobili), circa gli oggetti che avrebbero costituito il *peculium* (il gregge solamente) e così via. Ora, in queste etimologie si compie il salto di un membro, che per l'uso e il valore delle parole è essenziale: quello intermedio, che ha già mutato senso. Niuno nega che *mancipium* derivi da *manu capere*; ma le voci *mancipare*, ecc., derivano da *mancipium*, che ha già assunto un altro significato; similmente *peculium* deriva da *pecunia* e si costituì quando questa non era più un gregge, e *superficies* deriva da *super facies;* nè è presumibile che i Romani avessero coscienza della derivazione primaria di *facies* da *facere*, che anche per la scienza moderna (vi ha chi ricollega la voce a *fax*) è assai dubbia. Ma, come osservo nel testo, anche il *mancipium* primitivo non doveva avere un significato così gretto, da riferirsi esclusivamente alle cose afferrabili colle cinque dita della mano].

(2) VARRO, *De l. l.*, VI, 85.

ritenere che la parola siasi formata, allorchè *manus* aveva già assunto il significato di potestà, che poi si è smarrito ne' secoli successivi (1).

Prendiamo a studiare gli usi varî e documentati di questo *mancipium*, ch'è il vocabolo e il concetto più importante nel nostro problema. *Mancipium* ebbe nella lingua latina sensi svariati e molteplici, che nelle diverse epoche si travisano, si offuscano, si cancellano via via. Talune significazioni ci appaiono più antiche e sono le seguenti:

I. La proprietà (2).

---

(1) I moderni, che per l'etimologia restringono il catalogo antico delle *res mancipi* alle sole cose mobili, stimano certo di ragionare meglio del vescovo Isidoro, il quale per lo stesso motivo comprende nel catalogo classico le pecore (ISID., *Orig.*, V, 25, 31; BRUNS, II, pag. 83); in realtà anch'essi dànno all'etimologia un peso che non le compete o piuttosto valutano l'etimologia coi criterî della semantica moderna, per non sentire quello che doveva essere l'uso primitivo delle parole.

(2) MANCIPIUM, proprietà: CIC., *ad Fam.* (Curius ad Cic.), VII, 29, 1: « Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici nostri. Ergo fructus est tuus, *mancipium* illius ». — CIC., *ad Cur.*, VII, 30, 2: « Cuius (Attici) quando proprium te esse scribis *mancipio* et nexo, meum autem usu et fructu, contentus isto sum. Id enim est cuiusque proprium, quo quisque fruitur atque utitur ». — Cfr. più avanti i testi sotto « *mancipio* dare, accipere ». — Estraneo è il passo di Seneca, citato pure dal Meermann e dal Böcking: « *Mei mancipii* res est » (*De ben.*, V, 19, 1), risultando chiaro dal contesto che s'intende quivi parlare di cosa che è dello schiavo e precisamente che fa parte del suo peculio.

In questo significato, ma con riferimento particolare al patrimonio avito, crediamo che si potrebbero addurre due luoghi di colorito enfatico, l'uno di Tacito, l'altro di Plinio, famoso, ma d'interpretazione assai contrastata. Il primo luogo è negli Annali (XIV, 43). Uno schiavo di Pedanio Secondo l'uccide, perchè questi gli negava la libertà pattuita, dopo averne ottenuto il prezzo o perchè non potè patirlo rivale nell'amore d'un giovane. Si trattava di giustiziare tutta la famiglia, secondo il S. C. Silaniano; la plebe si sollevò e corse a difendere tanti innocenti. E nel Senato stesso ad alcuni non piaceva tanta severità; e dicevasi pure che lo schiavo infine non aveva avuto il torto, poichè il suo padrone non aveva mantenuto il patto. Ma il senatore Gaio Cassio pronunziò un grave discorso per l'applicazione dell'antico costume, dove, ribattendo codeste ragioni, esclama: « An, ut quidam fingere non erubescunt, iniurias suas ultus est interfector? Quia de paterna *pecunia* transegerat, aut AVITUM MANCIPIUM detrahebatur? ».

Una significazione che si riduce in sostanza alla precedente, intesa o in un senso figurato o in un senso più largo e indeterminato, è:

II. Potestà, diritto in generale; della quale abbiamo traccia nell'espressione « sui mancipii esse » e nell'espressione piena « manus mancipium » per indicare la *manus* del marito sulla moglie, ovvero la *patria potestas* o il *mancipium* a cui è soggetto il marito, e conseguentemente la

---

L'inciso « avitum mancipium » è tradotto dal Davanzati « uno schiavo dei suoi antichi ». Ma i commentatori moderni, Lipsio, Pichena, Dräger, Nipperdey, Nizard, ecc., interpretano il passo nel senso enunciato come un'amara ironia « perchè lo schiavo non ha nè beni in proprio, nè famiglia, nè antenati ».

Nè è da far le meraviglie che Tacito usi la parola *mancipium* in codesta significazione di patrimonio famigliare avito, che ha evidentemente il carattere di un'alta antichità, poichè questo scrittore, il più pregno di *pathos* tra tutti quanti gli storici antichi e moderni, il più mesto e chiuso adoratore del passato lontano (anche al di là delle XII Tavole !), doveva compiacersi d'idee e di reminiscenze antiche, massime quando il discorso, messo in bocca a un grande giureconsulto, anch'egli fierissimo conservatore, acquistava un tono grave e solenne. Rilevo anche l'avvicinamento *mancipium — pecunia*, che ricorda il non meno arcaico binomio *familia — pecunia*, che dovremo esaminare in seguito.

L'altro è il notissimo luogo di Plinio (IX, 35, 124). « Et hoc (cioè l'*unio* o grande *margarita*) aeternae prope possessionis est. Sequitur heredem, in mancipatum venit ut praedium aliquod ». Codesta parola *mancipatus* (ch'è un vero ἅπαξ λεγόμενον, poichè nel Cod. Theod. e nelle fonti medioevali — v. pag. 93, n. 1 — ritorna in tutt'altro senso) ha dato luogo alle più strane interpretazioni. La più semplice e più comune è di ritenerla come equivalente di *mancipatio*. Ora il Bonghi in un articolo di recensione del libro dello Squitti (Cultura, anno 1886, 1-15 agosto) ne propone una nuova: « Io direi piuttosto che valga *mancipium* nel senso dei diritti e delle cose, che sono proprie dell'*heres*. Non tutti questi nè tutte queste sono necessariamente *res mancipi*, sicchè l'*unio* senza che si consideri tale può entrare nel *mancipatus* di una famiglia. Se oggi fosse disposto per testamento che le gioie di una famiglia non si devano vendere per dividerne il prezzo, ma restino al primogenito, si potrebbe dire che fanno parte del *mancipatus* di quella ».

Tale interpretazione mi sembra assai plausibile. In una famiglia, e non solo in una famiglia patrizia, le gioie sono tali cose che hanno il più alto pregio morale, del quale il valore economico è solo un ele-

moglie (1): finalmente un luogo di Nonio, che però appare sgrammaticato e corrotto, ed è forse ispirato a Gellio, ci presenta la forma « in familia mancipioque patria » (2).

III. Un negozio giuridico, oscuro nelle sue origini, che rimane come forma solenne di alienazione del vero e

---

mento, e rimangono come un patrimonio perpetuo nella famiglia stessa; si venderà prima un fondo, ma una famiglia non si staccherà senza lacrime dal sacro deposito dei gioielli, a cui sono legate le memorie più orgogliose, i ricordi più soavi. D'altra parte nel passo di Plinio la vendita di tali oggetti, che dalle famiglie non si sogliono vendere, pare un'intrusione. Plinio insiste su di un concetto solo: È un possesso quasi eterno, passa all'erede, ecc., e ancora, soggiunge subito a mo' di antitesi: « Conchylia et purpuras omnis hora atterit, quibus eadem mater luxuria paria paene etiam margaritis pretia fecit. Purpurae vivunt annis plurimum septenis ».

E più giù esprime pure la stessa idea: « Margaritae enim gemmaeque ad heredem tamen transeunt, vestes prorogant tempus, unguenta illico expirant ac suis moriuntur in horis ».

Poichè tutto allude alla perpetuità, pare naturale che Plinio soggiungesse, come conclusione enfatica nel paragrafo in questione: « infine tal gioia viene a far parte del patrimonio avito alla pari di un fondo ». Finalmente si può intendere che Plinio faccia uso di una parola di nuovo conio a indicare un concetto peregrino, tanto più che questo primitivo concetto del ***mancipium***, che sarebbe indicato nel passo di Plinio, erasi alquanto oscurato, mentre la parola nell'uso comune aveva assunto altri sensi; ma non si capirebbe perchè inventi un vocabolo nuovo per significare un negozio giuridico comunissimo, come può essere la nostra cambiale. Del resto che questa qualità delle gemme di formar parte del patrimonio avito della famiglia avesse un'importanza assoluta, lo mostra anche l'altro luogo egualmente vessato di Plinio in proposito (IX, 35, 117). L'imperatrice si vanta che le sue gioie non erano un dono di suo marito « sed avitae opes » [V. cap. VI].

(1) MANCIPIUM, signorìa, potestà: CIC., *Ep. ad Brut.* (Brutus ad Cic.), I, 16, 4: « Quaerenda esse arma putasti — ut illo prohibito rogaremus alterum — an ut esset sui *iuris et mancipii* res publica? » (Cfr. LIV., LV, 13: « *dominium et ius* eorum, qui dederint, esse »). — GELL., XVIII, 6, 9: « Matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti *manu mancipioque*, aut in eius, in cuius maritus *manu mancipioque* esset (Cfr. SERV., *Ad Aen.*, XI, 476). — GELL., IV, 3, 3: « In cuius *manu mancipioque* alia matrimonii causa foret ».

(2) NON. (BRUNS, pag. 65): « Matrem familias (dictam esse existimant) quae in *familia mancipioque* sit patria, etsi in mariti matrimonio esset ».

proprio patrimonio familiare più antico, e delle persone della famiglia (1).

Nell'epoca della giurisprudenza classica queste tre significazioni antiche della parola sono sparite completamente dall'uso, salvo nelle locuzioni *mancipio dare, accipere*. Dessa è invece adoperata in un senso molto limitato e singolare:

IV. Il potere giuridico analogo alla *dominica potestas* su di una persona libera mancipata da chi avesse su di quella diritto di *patria potestas* o di *manus* (2).

---

(1) MANCIPIUM, mancipazione: XII TAB.: « Cum nexum faciet *mancipiumque*, uti lingua nuncupassit, ita ius esto ». — XII TAV.: « Nex (i *mancipique?*) Forti Sanati(sque idem ius esto) ». (V. BRUNS, pag. 19, 25: il *mancipium* nel testo fu restituito felicemente dal Huschke (*Nex.*, 250): restituzione accolta, con piccole variazioni di forma, da tutti: lo Schwegler (*R. G.*, III, 5), il Mommsen (*R. G.*, I, 103), il Voigt (*Ius Nat.*, IV, 266: *XII Taf.*, App.), il Kuntze (*Inst.*, II, 116), lo Schöll (*XII Taf.*, 71), salvo il solo Hoffmann (*Gesch. v. d. Forcti und San.*, pag. 43): arg.: FEST., v. *Sanates:* « in XII cautum est ut idem iuris esset Sanatibus quod Forctibus » « (cautu)m ut id ius man (cipii, quod populu)s R. haberent »; cfr. anche: FEST., v. *Forctus; v. Horctum e Forctum* (BRUNS, II, pag. 9-10). — GELL., XVI, 10, 8. — Nondimeno forse il testo si potrebbe anche restituire in guisa che « Forti Sanati(que) » risultasse nominativo plurale, non genitivo singolare). — VARR., *De l. l.*, VII, 5, 105: « Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint *mancipia:* Mucius, quae per aes et libram fiunt ut obligentur, praeter quam (quae: Niebuhr: — quom: Huschke) *mancipio* detur (dentur: Niebuhr) ». — VARR., *De l. l.*, V, 34, 163: « veteribus in *mancipiis* scriptum ». — VARR., *De l. l.*, VI, 8, 74: « in lege *mancipiorum* ». — CIC., *De or.*, I, 38, 173: « iactare se in causis centumviralibus, in quibus — nexorum, *mancipiorum* — iura versentur ». — Ibid., 39, 178: « Quum enim M. Marius Gratidianus aedes Oratae vendidisset, neque servire quamdam earum aedium partem in *mancipii lege* dixisset, defendebamus, quidquid fuisset incommodi in *mancipio*, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere ». — Ibid., 39, 179: « Quum aedes (M. Bucculeius) L. Fufio venderet, in *mancipio* lumina uti tum essent ita recepit ». — CIC., *De off.*, III, 16, 67: « Hoc in *mancipio* Marius non dixerat ». — *Satisdationes* (*satisdare*) *secundum mancipium:* CIC., *Ad Att.*, V, 1, 2. — BRUNS, n. 135, pag. 335 (Formula Baetica: Manc. fid. causa). — « *Iure mancipii* »: CIC., *Pro Caec.*, 26, 74. — *De har.*, 7, 14.

(2) *In mancipio esse, habere:* GAI., I, 116; 123; 135; 140; 141; III, 104; 114. — *In manu mancipiove:* GAI., II, 90; IV, 80. — *In potestate manu mancipio(ve)*: GAI., II, 86; 96. — ULP., XIX, 18; XXIV, 23. — FR. VAT., 51; 298; 300 (ne' due ultimi si riferisce il testo della *Lex Cincia*). —

Finalmente una significazione generale della parola è:

V. Lo schiavo, ed è a notare che nel linguaggio giuridico *mancipium* designa costantemente lo schiavo nel senso economico, come elemento del patrimonio.

Generata da codesta varietà di significati, che oscillano tra la proprietà o la signoria e il negozio giuridico, è una corrispondente oscillazione nelle frasi: ***mancipio dare, accipere***, che valgono ora « dare, ricevere in proprietà » (1), ora « trasferire, acquistare colla mancipazione » (2) (e talora

---

Lex Municip. Salpens.: XXII (BRUNS, pag. 143). — Analogamente: GAI., I, 49: « Earum personarum — aliae in *potestate*, aliae in *manu*, aliae in *mancipio* sunt ». — GAI., I, 142: « Neque in *potestate*, neque in *manu*, neque in *mancipio* sunt ». — *Mancipii causa:* GAI., I, 132; 138; II, 160.

(1) *Mancipio dare, accipere*, nel senso della proprietà: LUCR., III, 969 (971, 984, 985): « Vitaque *mancupio* nulli datur, omnibus usu ». — PUBL. SYR., *Sent.*, 593: « Fortuna dat multum usu, *mancipio* nihil ». — ARN., *Adv. Nat.*, II, 27: « Usu et illis est vita, non *mancipio* tradita ». (Cfr. LUCIL., XVII, 6: « Nihil esse in vita proprium mortali datum »; L. ATTIUS *Med.*, in *Non.*, 362, 4: « Neque quicquam ulli proprium est in vita »). — SEN., *Ep.*, 73, 7: « Nihil dat fortuna *mancipio* ». — SEN., *De cons.*, XI, 10, 4: « Rerum natura illum tibi — non *mancipio* dedit, sed commodavit ». — SEN., *De ben.*, III, 20, 2: « Corpus itaque est quod domino fortuna tradidit: hoc emit, hoc vendit: interior illa pars *mancipio* dari non potest » (testo per sè alquanto ambiguo).

(2) *Mancipio dare, accipere* nel senso della mancipazione: A) fondi: PLAUT., *Trin.*, II, 4, 19 (v. 421): « Et ille aedis mancipio aps te accepit? ». — PLAUT., *Most.*, V, 1, 43 (v. 1091): « Vel hominem iube aedis mancipio poscere ». — CIC., *Leg. Agr.*, III, 2, 9 (meglio la *var.:* « a municipio »). — CIC., *Ad Att.*, III, 50, 2; XV, 26, 4. — VITR., I, 4, 12. — BRUNS, n. 133, 135, 137, 138, 139, pag. 331, 334-338 (Tab. Transilv. (emptio domus); Form. Baet.; Don. Fl. Artemidori; Don. St. Irenes; Don. Iul. Monimes; Don. Fl. Syntrophi). — GAI., IV, 131 a. — [LEX MUNIC. TARENTINA, lin. 30: « aedificium emerit mancupiove acceperit »]. — B) schiavi: PLAUT., *Curc.*, IV, 2, 8-9 (v. 494-495): « Memini et mancupio tibi dabo ». — « Egone ab lenone quidquam — Mancipio accipiam? ». — *Curc.*, V, 2, 1 (v. 617): « Quis tibi hanc dedit mancipio aut unde emisti? » — PLAUT., *Persa.*, IV, 3, 63 (v. 532): « Nisi mancipio accipio quid eo mihi opus est mercimonio? ». — Ibid., IV, 4 (3), 40 (v. 589): « Hanc mancupio nemo tibi dabit »; IV, 3, 56 (v. 525): « Mancupio neque promittet neque quisquam dabit ». — *Merc.*, II, 3, 112 (v. 449): « Non ego illam mancupio accepi ». — VARR., *De r. r.*, II, 10, 4; 5. — TAC., *Ann.*, III, 67. — SEN., *De ben.*, III, 20, 2. — BRUNS, n. 130, 131, 132, 134, pag. 329, 330, 332-335 (Tabb. Trans. e Tabb. pomp.). — FR. VAT., 264. — [FORM. FABIANA, 1]. — C) sepolcri: BRUNS,

pure può nascere dubbio tra questo significato e la dazione a mancipio), finchè nell'età posteriore si fissano definitivamente nel secondo significato.

Concepita nell'un senso o nell'altro, la formola è una reliquia isolata del *mancipium* nelle significazioni più moderne, nella stessa guisa che *res mancipi* si deve ritenere, a nostro avviso, come una reliquia del *mancipium* nella significazione più antica. E come la formola *res mancipi*, nel concetto giuridico posteriore, è messa in correlazione col negozio giuridico della *mancipatio* contro all'indole della latinità, così gli è per una simile alterazione che le frasi *mancipio dare, accipere* (recipere, promittere, poscere) vennero concepite come il trasferimento e l'acquisto nella forma della *mancipatio*, mentre l'unico e proprio valore in origine dovette essere semplicemente « dare, ricevere in proprietà ». E ci mena a questa conclusione non solamente il riguardo della pura latinità, che in espressioni simili non tollera l'ablativo di strumento, ma presenta il dativo (cfr. dare, accipere dono, foenori, mutuo, pignori, hypothecae, ecc.), ma anche il fatto, che nell'età storica in questo senso la formola è morta, o è adoperata solo nel linguaggio poetico o enfatico, mentre la nuova concezione è già comune in Plauto (1).

---

n. 137; n. 140, 4-5, pag. 336, 339 (Don. St. Irenes e inscr. sep.). — D) patrimonio (nel *test. per aes et libram*): Gai., II, 102; 103; 105. — E) figli e donne: Gai., I, 123; 140; 162; 172. — F) in generale: Cic., *Top.*, X, 45; XXVI, 100. — *Ad Att.*, I, 1, 3. — Gai., I, 119, 120; II, 59, 87, 204, 220; III, 166, 167, 167 a. — Ulp., XIX, 18; XX, 5. — Fr. Vat., 51, 89. — Isid., *Orig.*, V, 25, 31 (Bruns-Mommsen, pag. 408). — In senso figurato: A) Abbandonare, dare in balìa: Plaut., *Mil. glor.*, I, 1, 23: « Me sibi habeto, ei ego me *mancupio* dabo ». — B) Dedicare, consecrare: C. I., L., I, pag. 254, n. 1308 (IX, pag. 464, n. 4874); « Feroniae — manc(ipio) do ».

(1) In coloro che spiegano *res mancipi* come cose mancipabili è abbastanza diffusa l'opinione che *mancipium* (proprietà) sia una significazione più recente e derivata da *mancipium* (mancipazione). Niente potrebbe indurmi a ritenere questa opinione, che ripugna al libero sviluppo delle idee, alle analogie e alla documentazione cronologica.

Fatto curioso e interessante è questo, che nel latino stravagante del Medio Evo, in cui risuscitano meravigliosamente (multa renascentur quae iam cecidere!) una infinità di voci, che parevano sepolte da lunghi

Finalmente ne' secoli più tardi, col pieno sparire del vocabolo *mancipium* nelle varie significazioni giuridiche, anche di questo uso più recente della locuzione si oscura la coscienza. In Boezio, Isidoro, ritroviamo in generale sostituita alla presente la frase « is qui mancipium accipit » quasi a mo' di esemplificazione, tratta dall'oggetto della *mancipatio* (schiavo o cosa mobile, secondo Isidoro) (1), e in questa forma si perpetuò la locuzione anche ne' nostri più vecchi giuristi e si conserva in alcuni odierni commentatori filologi. Notevole è ancora che Boezio fa regolarmente cotesta sostituzione, riportando testualmente il passo di Gaio, che spiega il rito della mancipazione; argomento evidente della facilità, con la quale anche menti dotte e prudenti, seguendo un falso concetto, si lasciavano andare a correggere i testi antichi, dove non li intendessero più, argomento efficace di riprova, se ve ne fosse d'uopo, che una simile correzione fu certamente operata nel testo discusso di Verrio Flacco.

4. Risultato di codesta analisi è in generale il seguente: che il concetto e il vocabolo *mancipium* risale a tempi remotissimi, poichè i sensi molteplici e diversi di quello, che noi possiamo ricostruire, ci appaiono come ruderi di un con-

---

secoli, e di cui forse conservavasi nelle varie provincie romanizzate l'uso vivo o una vaga tradizione, *mancipium* si trova talora adoperato a significare la proprietà piena, perfetta dell'allodio.

[Non è senza insegnamento questo traboccare nell'uso, spesso enfatico e metaforico, di tutte le voci inerenti alla *mancipatio*, precisamente dopo scomparsa dalla pratica effettiva la *mancipatio*. I Padri della Chiesa, il Teodosiano (v. sopra pag. 79, n. 1), ne offrono esempi a iosa; il latino medioevale è gremito di voci vecchie e nuove. V. in Ducange, *gloss. m. et inf. lat.* v. *mancipalis*, *mancipare*, *mancipari*, *mancipariu*s, *mancipatio*, *mancipatus* (= *servitus*, *ministerium*), *mancipia*, *mancipialis*, *mancipiata casa*, *mancipium* in varî sensi, compreso quello di *villa*, *mansus*, *tenementum*, o anche *familia*, *domus*. Cfr. anche in Ordericі Vitalis, *Hist. eccl.*, lib. XI, cap. II: « totam *sibi* civitatem (Leicester in Inghilterra) *mancipavit* »].

(1) Boëth., III, 5, 28. — Isid., *Orig.*, V, 25, 31.

cetto primitivo; che la parola *mancipium* nei suoi varî sensi ha un'intima relazione col patrimonio e più particolarmente colla parte più preziosa e stabile, il patrimonio familiare avito; che questa relazione, chiara e sentita nelle significazioni più vetuste, s'indebolisce a grado a grado nelle significazioni più tarde, finchè nell'epoca imperiale *mancipium* rimane a indicare un diritto, che ha un carattere strano di potere su di una persona libera, con qualche elemento di patrimoniale e di servile, ma che, secondo ogni probabilità, doveva in antico avere un carattere essenzialmente patrimoniale e servile.

Ora sulla base di codesto elemento comune, che appunto informa più intimamente la parola nell'età più antica, noi possiamo ricostruire per via d'induzione il concetto originario suo. Nel concetto giuridico più vetusto, al quale è dato di giungere colla sola analisi filologica, *mancipium* significò il patrimonio familiare, la vera proprietà della famiglia e la potestà del capocasa su questo patrimonio (1). Le *res man-*

(1) Secondo un'idea moderna, vagamente e genericamente accennata dal Jhering e dal Maine, enunciata più recisamente dal Christiansen e dal Gans, nell'antico diritto romano il potere del *paterfamilias* tanto sul patrimonio quanto sulle persone della famiglia sarebbe stato concepito come un potere unico e designato con un solo nome: *manus* nel tempo più antico, e più tardi anche *potestas* e *mancipium*.

Il Puntschart, il Rossbach e il Voigt vollero dimostrare questo concetto con una larga messe di fonti letterarie, in cui *manus* e *potestas*, e, secondo essi, anche *mancipium* sono adoperati a indicare ogni potere del *paterfamilias*, e ritennero che in questi luoghi si debba vedere la reminiscenza di un antico stato giuridico; il Marquardt, che è l'unico contradditore, a mia saputa, risponde che si debba vedere in quei passi un uso poco preciso e irregolare di scrittori non giuristi. Ora questa critica per vero non è felice, ma anche la dottrina dominante racchiude qualche cosa di esagerato e di equivoco, e, per quel che riguarda l'aspetto patrimoniale, qualche cosa di non interamente esatto. L'uso generico di *manus* o *potestas* non è un uso irregolare, ma appunto per questo mi sembra esagerato il volervi scorgere la reminiscenza di uno stato giuridico profondamente diverso. Anche nel diritto classico il *paterfamilias* ha una signorìa generale, piena tanto sulle persone quanto sulle cose, che si può ben chiamare e si chiama da' giureconsulti stessi *manus*, *potestas*, *ius* in senso subbiettivo e

cipi, che, come abbiamo stabilito, si riconnettono colla significazione più antica del *mancipium*, sarebbero quegli oggetti che soli fanno parte del patrimonio di proprietà della famiglia. L'atto di alienazione di un oggetto di proprietà della famiglia si disse parimente *mancipium* per la generale usurpazione della parola indicante il diritto a indicare il modo di costituzione del diritto: *mancipare*, *emancipare* denotarono il passaggio attivo o passivo dal *mancipium* di una casa o di un capocasa al *mancipium* di un'altra casa o di un altro capocasa: e una prima alterazione, della quale non abbiamo memoria, ma che si può facilmente

---

persino *dominium;* « in domo dominium habet », dice Ulpiano nella definizione del *paterfamilias* (L. 195, § 3, D., 50, 16). *Manus* è certo la parola più antica. Ciascuna di queste parole indica egualmente la sovranità pubblica: « omniaque *manu* a regibus gubernabantur », dice Pomponio (L. 2, § 1, D., 1, 2). Ma come la sovranità stessa dello Stato ha le sue specificazioni (territorio e sudditi non sono la stessa cosa e tra i sudditi si distinguono spesso categorie diverse, e si oppongono cittadini e non cittadini), così la *manus* o *potestas* del *paterfamilias* non era identica sui varî soggetti. Che la specificazione di concetti debba condurre a una specificazione di termini, quando la scienza ha raggiunto una certa sistemazione, è naturale, come è naturale che nella lingua latina, povera di sostantivi specifici (ognuno ha presente l'eterno uso di *res*, ch'è una vera caratteristica della latinità), la relazione particolare fosse indicata da un complemento o da un aggettivo: « manus paterna (patris) o patria potestas, potestas maritalis o manus maritalis ».

Nell'uso giuridico *manus*, il vocabolo più arcaico, si prese via via ad applicare di preferenza alla *manus* o *potestas maritalis*, serbando per gli altri rapporti più vivi di carattere personale, potere sui figli e sugli schiavi, la voce *potestas*. E già al tempo della seconda guerra punica questa specificazione noi l'abbiamo nel linguaggio legislativo, come appare dai frammenti giunti fino a noi del testo della *Lex Cincia* (550 u. c., 204 a. C.), in cui si riscontra ripetute volte la formola tecnica « in potestate manu mancipiove » (Fr. Vat., 298, 300). Ma è una specificazione che non distrugge l'unità, e ciò spiega come scrittori assai più tardi (Livio, Plinio, Aulo Gellio) potessero usare una terminologia generale e promiscua.

Ma, per quel che concerne i rapporti patrimoniali, cioè nell'antica epoca esclusivamente il potere sulle cose, la specificazione sembra più netta e più salda. Una delimitazione antica di questi rapporti, una denominazione quasi tecnica del potere sul patrimonio l'abbiamo nella parola

ımmettere e dedurre da quanto abbiamo detto, dovè con-
istere nel riferire queste parole al *mancipium* nel senso
lel negozio giuridico.

Postilla I. — Abbiamo omesso in questa analisi filo-
ogica (v. però il Cap. VI sui modi di alienazione, *in fine*)
a massa de' testi più numerosa, cioè quelli delle *Pandette*,
enchè la sostituzione sia in generale facile e non dubbia.
Se non che ai puri elementi filologici pel rilievo dell'inter-
polazione si mescolano troppi elementi giuridici e pel
iostro scopo è meglio tenerci ai testi più antichi e più

---

nancipium. Per quanto non sia assurdo usare le voci generiche *manus*, *otestas*, cioè signorìa, potere, per significare la proprietà (in re potestas), tuttavia caratteristico come gli esempi che si adducono di tale uso enza complemento di specificazione siano tutt'altro che felici. Si cita ın luogo di Plauto (*Merc.*, II, 3, 117) « illi suam rem aequum est esse n manu », ma è questo un equivoco, poichè nell'esempio di Plauto il apporto giuridico era indicato dal « *suam* » e colle parole « *in manu* » ıon volevasi già indicare questo rapporto giuridico, ma un rapporto li fatto: altrimenti il povero Carino verrebbe ad esprimere questo ellissimo concetto: « È giusto che questa schiava di sua proprietà *suam*) sia di sua proprietà (*illi-in manu*) ». Carino volle dire invece: « Poichè questa schiava è di sua proprietà, è giusto che sia in suo otere, in mano sua il disporne », e in questo senso le locuzioni « in nano mia, in mano tua » sono adoperate anche in italiano.

Lo stesso equivoco abbiamo nell'esempio che si adduce per la parola *otestas:* la *Lex Atinia* prescrive che la *res furtiva* non si usucapisca se ıon ritorni « in potestatem eius, cui subrepta est » (Fr. 4, § 6, D. 41, 3). Ma indica forse un rapporto giuridico la parola *potestas* in questo caso?

Viceversa, *mancipium* sembra voce veramente incongrua e non ısata per indicare un potere personale. Nell'esempio di Gellio (in manu nancipioque) abbiamo una locuzione complessa, che, come tutte le espressioni complesse, viene ad assumere, nel suo valore pieno, un senso vago e generico. E nemmeno è ben fatto addurre per questo significato le voci *emancipare*, *emancipatio*, applicate ai figli di famiglia, poichè, per l'antica forma della emancipazione, i figli non venivano già ad essere liberati immediatamente dalla *patria potestas*, ma dal *mancipium* di una terza persona o del padre stesso, a cui venivano la terza volta mancipati, il quale *mancipium* doveva nei tempi più antichi essere una potestà di carattere patrimoniale o piuttosto mista di patrimoniale e personale, come la potestà sui servi, che è *manus* o *potestas* e *mancipium* o *dominium* a un tempo stesso; dacchè il « *mancipio*

sicuri; anzi per l'uso e il valore intimo delle parole (giova sempre insistere su questo) gli stessi testi letterarî hanno un valore superiore ai testi giuridici.

Abbiamo anche omesso di considerare la parola *manceps*, che ha assunto un significato remoto e speciale (acquirente di beni pubblici o assuntore d'imprese pubbliche), in niun rapporto colla forma della *mancipatio*. Nondimeno il Pernice (*Labeo*, III, 1892, pag. 98 e 99, n. 1), in una nota generalmente non felice su questa, com'egli rileva, difficile terminologia, richiama l'uso de' Santi Padri e di Tertulliano in ispecie, presso cui *manceps* (ed egli invoca in proposito anche l'autorità di Harnack) significa indubbiamente il proprietario assoluto, il signore: cfr., ad esempio, Cyprian., *ep.* 66, 6: « apes habent regem et ducem pecudes et fidem

---

datus », che nei tempi posteriori è così protetto e circondato di garanzie innumerevoli, dovette in antico essere un vero *servus*, ossia, sotto l'aspetto patrimoniale, un *mancipium* o una *res mancipi;* su di che ritorneremo.

Caratteristica è la biforcazione in ordine al diritto sugli schiavi. Lo schiavo è a un tempo stesso *persona* e *res;* nel diritto classico, cui è ignoto il senso giuridico odierno di *persona*, non v'ha opposizione tra i due concetti. Ora precisamente il diritto sugli schiavi, mentre sotto l'aspetto reale è *mancipium* o *dominium*, sotto l'aspetto personale fu detto in ogni tempo *manus* o *potestas*, una relazione concepita così essenzialmente diversa dal dominio sotto cui trovavasi lo schiavo (in questo senso *mancipium* e non *servus*) come obbietto del patrimonio o *res mancipi*, che poteva questo appartenere a un soggetto, quella a un altro soggetto, come, ad es., quando l'uno avesse lo schiavo *in bonis*, l'altro fosse *dominus ex iure Quiritium*.

Ora questa netta distinzione nell'uso dei due vocaboli, *manus* e *mancipium*, anche fuori del campo giuridico, mostra come già in epoca assai remota i due poteri, patrimoniale e personale, fossero distinti e il *mancipium* avesse una netta fisionomia.

Forse la pienezza dei poteri del *paterfamilias* s'indicò un tempo colla espressione *manus mancipium*, come si trova nell'esempio di Gellio, formola della quale probabilmente si smarrì in seguito il concetto pieno e venne perciò adoperata come sinonimo di *manus:* processo naturalissimo, che si riscontra pure in una formola nota parallela a questa « patres conscripti », che indicò dapprima i *patres* e i *conscripti*, e divenne più tardi un vero sinonimo di *patres*.

servant: latrones *mancipi* obsequio pleno humilitatis obtemperant ». Spesso il senso della parola oscilla, come pur rileva il Pernice, tra *dominus* e *auctor*. E forse, io direi, si potrebbe pensare che l'uso della parola ne' rapporti pubblici sia derivato dal senso di *auctor* e abbia finito per l'importanza dell'applicazione con soffocare il significato antico e genuino, che in autori stranamente simpatizzanti per l'arcaismo, come i Padri affricani della Chiesa e in ispecie Tertulliano, inopinatamente risorge.

Ciò posto, anche nel passo isolato di PLAUT., *Curc.*, v. 515 (IV, 2, 7): « Ego *mancupem* te nil moror, neque lenonem alium quemquam », la parola *manceps* nel senso di mancipante e *auctor* ha bensì un sapore di scherzo, ma ci rappresenta forse la parola in un senso ancora non del tutto spento ai tempi di Plauto.

Aggiungo che H. KRÜGER, nella recensione citata (*Z. der S. St.*, XII, 1891, pag. 157) nega l'evoluzione interna delle parole per quel che concerne il significato primitivo di *mancipare*, acquistare. Il passo di Plauto, *Curc.*, IV, 2, 10 (v. sopra pag. 77, n. 1), sarebbe stato da me frainteso, sulle tracce del Voigt. Non lo credo; ma non è da quel solo passo (l'unico esempio, ma ben chiaro nel senso, della voce *mancipare* in Plauto e in generale negli scrittori dell'età repubblicana) che io desumo l'evoluzione; io cito anche Plinio, IX, 35, 117 (indizio che il recensente non nega, ma disprezza), e argomento, tra altro, dall'abbondante documentazione circa l'antico senso correlativo di *emancipare*, che egli non cura. Quando, poi, egli soggiunge, che di fronte al mio concetto « conviene di nuovo ribadire che la parola nel linguaggio giuridico significa soltanto alienare, e i tentativi etimologici *dei Romani* non possono niente mutare alla cosa », rilevo che la prima osservazione non ha senso (chi nega che tale sia il significato della parola nell'epoca dei giureconsulti? e che vezzo è mai questo di addurre costantemente contro le mie ipotesi di origini il significato delle parole e lo stato delle cose nell'età poste-

riore?) e quanto alla seconda noto che non si tratta puramente e semplicemente di tentativi etimologici dei Romani. La questione è peraltro secondaria.

Postilla II. — Le recenti ricerche sul *nexum*, revocando in dubbio l'esistenza indipendente di una forma *per aes et libram* parallela alla *mancipatio* per la costituzione di obbligazioni, non solo inducono chi guardi i testi ormai senza prevenzioni a ritenere l'equivalenza dei due termini, ma permettono di stabilire che *nexum* è equivalente a *mancipium* precisamente nel senso del negozio giuridico, anzi è la voce più antica e propria in questo senso. Credo su questo punto (salvo alcuni dissensi sull'interpretazione dei singoli testi, e specialmente Varro, *De l. l.*, VII, 105) di esser pienamente d'accordo con Perozzi, *Istituzioni*, II, 161-166, n. 3.

Lasciando fuori il testo delle XII Tavole, da cui nulla si rileva, salvo l'identità di struttura (uti lingua nuncupassit) del *nexum mancipium*, e in cui *mancipium*, come apparirà da quel che segue, potrebbe essere una glossa esplicativa posteriore, e lasciando fuori pochi testi frammentari o generici (Fest. v. *Sanates;* Cic., *Pro Caec.*, 35, 102; Cic., *De or.*, I, 38, 173), vi ha in primo luogo una serie di testi, in cui *nexum* significa con piena evidenza la *mancipatio:* e tutti o sono più antichi della giurisprudenza classica o documentano per un'epoca più antica.

Cic., *Par.*, 5, 3: « mancipia, quae sunt dominorum facta *nexu* aut aliquo iure civili ».

Cic., *Pro Mur.*, 2, 3: « in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum iudicii sustinere debet, qui se *nexu* obligavit ».

Cic., *De rep.*, I, 17, 27: « cui soli (sapienti) vere liceat omnia non Quiritium, sed sapientium iure pro suis vindicare, nec *civili nexo*, sed communi lege naturae, quae vetat ullam rem esse cuiusquam nisi eius qui tractare et uti sciat ».

Cic., *Top.*, 5, 28: « Abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri *nexu* aut in iure cessio ».

Böeth., *ad h. l.* commenta: « Mancipi res veteres appellabant, quae ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam *nexus* fieret solemnitatem. *Nexus* vero est quaedam iuris solemnitas, quae fiebat eo modo quo in Institutionibus Caius exponit. Eiusdem autem Caii libro I Institutionum de *nexu faciendo* haec verba sunt » (E qui riporta la notissima descrizione della *mancipatio* in Gaii, *Inst.*, I, 119).

Front., *De agr. qual.*, II, in *Grom.*, ed. Lachmann, pag. 36: « Et stipendiarios [quidem dicimus vel tributarios] qui *nexum* non habent, neque possidendo ab alio quaeri possunt; possidentur tamen a privatis, sed alia condicione: sed nec mancipatio eorum legitima esse potest » (Cfr. le stesse dichiarazioni in Aggen. Urb., ibid., pag. 62).

Gai., II, 27 (passo interessantissimo, ma assai lacunoso, che mi permetto d'integrare per restituir la connessione): « [Admo]nendi sumus [vulgo dici solitum italici soli nexum] esse, provincialis soli *nexum* non e[sse; et in summa, quod quidem hodie eandem recipit] significationem, solum [Italicum *Krüger*] mancipi [est], provinciale nec mancipi est: aliter enim veteri lingua a[ppellabatur, id est nexum, quae nunc dicitur] mancipa[tio] ».

Possiamo aggiungere i due testi di Cicerone, in cui *nexum* si riferisce a casi concreti di acquisto in proprietà di cose che andrebbero noverate tra le *res mancipi*.

Cic., *De har. resp.*, 7, 14: « Multae sunt domus in hac urbe — iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure *nexi* ».

Cic., *Ad fam.*, VII, 30, 2: « Cuius cum te proprium esse scribis mancipio et *nexu* ».

Finalmente dai seguenti testi, alcuni dei quali assai vessati, appar certo che per lo meno nell'antica epoca *nexum* definiva ed esauriva il *gestum per aes et libram*.

Cic., *De or.*, III, 40, 159: « Nam si res suum nomen et proprium vocabulum non habet, ut pes in navi, ut *nexum*, quod per aes et libram agitur, ut in uxore divortium ».

Festus (ed. Teubner, pag. 160): « v. *Nexum* est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, *nexi* datio, *nexi* liberatio » (1).

Varro, *De l. l.*, VII, 105: « Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius quae per aes et libram fiant ut obligetur, praeter quam mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam id est (aes *Mo.* cfr. Festus, v. *Nexum aes*) quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum ».

Io interpreto questo testo, fra tutti il più enimmatico e tormentato, così sotto l'aspetto paleografico come sotto il punto di vista esegetico, nel seguente modo, che mi permette, salvo in un punto solo di evidente e certissima emendazione (*id aes* per *id est*), di tenermi scrupolosamente alla lezione del manoscritto:

« Manilio scrive che il *nexum* significa tutto quanto il *gestum per aes et libram*, ivi compreso il *mancipium*, cioè l'alienazione della cosa (2);

« Mucio invece scrive che *nexum* significa soltanto quella parte del *gerere per aes et libram*, con cui si vuole obbligare, all'infuori della dazione a mancipio, cioè esclusa l'alienazione della cosa ».

---

(1) Il manoscritto porta: *nexi dando nexi liberanto*. La correzione, accolta dagli editori, è dell'Augustino: io modificherei ulteriormente: « *nexu* datio (che corrisponde alla *nexu traditio* ciceroniana) *nexu* liberatio » (che corrisponde alla *liberatio per aes et libram* in Gai., III, 173, di cui in seguito). La *testamenti factio* è evidentemente il classico *testamentum per mancipationem*.

(2) « In quo *sint* mancipia »: il congiuntivo deriva dall'essere la proposizione relativa dipendente da una proposizione infinitiva conforme alle leggi della sintassi latina.

Osservo poi che io non sottintendo o soggiungo *negotium* dopo l'*omne* e *negotia* prima del *quae per aes*, ecc.: per me Varrone ragiona di un unico negozio, il *gerere per aes et libram*, in ordine al quale si disputa se *nexum* sia termine adeguato per tutto l'atto nel suo complesso o relativo al solo elemento obbligatorio di esso.

« L'etimologia della parola stessa, di cui egli ragiona, mostra che questa è l'opinione più esatta; perchè il bronzo. cioè la somma, che si obbliga *per libram*, diviene *aes nec suum* (= *non suum*), vale a dire *aes alienum*, debito; e di qui (da *nec suum*) la denominazione di *nexum* ».

Trattasi, come ognuno vede, di una pretta sciarada, convertita in etimologia, secondo il gusto degli antichi e del popolo.

Qual è il debito, l'*aes alienum*, che può derivare da *gestum per aes et libram?* Si tratta di *aes*, di *pecunia*, come dice Festo; sarà quindi il prezzo, di cui si rimane per avventura in debito, sarà la somma del *duplum* per l'*auctoritas*, sarà la somma che costituisce il debito nella *mancipatio fiduciae* causa. La questione è per noi secondaria.

Festus (ed. Teubner, pag. 162): « *Nexum aes* apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum *obligatur* ».

Giustamente osserva il Perozzi che Verrio Flacco o Festo dice *obligatur*, non *obligabatur;* allude cioè alla denominazione antica di un istituto vigente al suo tempo: e questo istituto non può essere che la *mancipatio*.

A commento dei due passi di Festo riportiamo anche:

Gai., III, 173: « Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine *debeatur* quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex causa iudicati deb[eatur] ».

È notevole come Gaio eviti il nome di *nexi liberatio*. usato ancora da Gallo Elio e Verrio Flacco. Ma più notevole è che anche per Gaio, come il presente *debeatur* dimostra, il debito *per aes et libram* è qualche cosa di vigente: la sua fonte pertanto non può esser che la *mancipatio*.

Finalmente *nexum se dare* negli esempi celebri di Livio (VIII, 28, 2) e di Valerio Massimo (VI, 1, 9) non può significare che darsi a mancipio. Il che vuol dire che i *nexi*, di cui è tanto piena l'antichissima storia di Roma, non erano

che i *mancipio dati:* com'è del resto conforme al tenore della *lex Poetelia*, la quale libera per allora e *in posterum* tutti i *nexi* per debiti « *nisi qui noxam meruisset* », cioè salvo i *mancipio dati ex delicto* dell'epoca posteriore.

Ora, dato — come tutti quanti i testi, letti senza prevenzione, dimostrano — che *nexum* equivale a *mancipium* nel senso di *mancipatio* ed è anzi la parola esclusivamente usata in antico o per lo meno preferita a *mancipium* in tal senso, a me pare evidente che se in *res mancipi* il genitivo si fosse riferito in origine al negozio, l'espressione sarebbe stata *res nexi* o per lo meno accanto a *res mancipi* nell'età ciceroniana si sarebbe dovuto trovare una volta *res nexi:* laddove noi non troviamo invece mai questa formula, nemmeno là dove, come in Cic., *Pro Mur.*, 2, 3 e *Top.*, 5, 28, tutta la terminologia e la rispondenza delle parti del discorso avrebbe portato spontaneamente a usarla, per poco che fosse stato possibile.

Capitolo IV.

Enumerazione delle " res mancipi ".

1. Dopo la scoperta delle Istituzioni di Gaio e dei Fr. Vat., in cui l'elenco delle *res mancipi* è ripetuto nuovamente (e in Gaio anche due volte, se non che uno dei due luoghi è alquanto guasto), il dubbio che l'enumerazione non sia tassativa non dovrebbe più sorgere: meraviglia del resto che sia sorto per lo innanzi, dacchè pure la conclusione categorica di Ulpiano « ceterae res nec mancipi sunt » pare che avrebbe dovuto escluderlo. In base ai testi di Plinio e di Tacito si potrà bensì dubitare se la *mancipatio* sia o non sia applicabile alle *res nec m.*, ma non è questo il momento d'entrare nella questione.

Tuttavia qualche dubbio parziale può rimanere, e qualche questione si fa tuttavia. In primo luogo sono *res mancipi* tutte quante le servitù rustiche o solo le quattro menzio-

nate da Ulpiano: « via iter actus aquaeductus? ». Ritengono la prima opinione lo Schweppe e lo Schilling. Il primo si fonda sul valore esemplificativo del *velut*, ma la particella *velut* è preposta anche all'indicazione degli animali *mancipi*, sicchè questo indizio potrebbe meglio addursi a prova del contrario (1).

Ma lo Schilling reca argomenti più gravi, e sono i seguenti due passi di Gaio: II, 17: « Item fere omnia quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium ». II, 29: « Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi (tantum) possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt ».

Però nulla vieta di supporre che nei luoghi citati Gaio intenda alludere a quelle servitù rustiche che sono *res mancipi*. Se non che v'ha forse un altro indizio a favore dell'opinione dello Schilling: anche nel passo di Gaio (II, 14), in cui si fa l'enumerazione delle *res mancipi* sembra che le *servitutes praediorum rusticorum* fossero genericamente enunciate, secondo la ricostruzione dello Studemund, giacchè l'ordine degli oggetti, lo spazio interlineare e la contrapposizione pure generica delle *servitutes praediorum urbanorum* rendono più probabile la ricostruzione dello Studemund che non quella del Huschke.

Pur tuttavia sarebbe strano il fatto, che, mentre il concetto delle *res mancipi* appare così isterilito, per questa parte sia avvenuta nei tempi posteriori una estensione,

---

(1) Del resto anche altri passi delle nostre fonti potrebbero indurre il sospetto che *velut* pe' giureconsulti non abbia normalmente valore esemplificativo, ma valore esplicativo. E generalmente nei giuristi ogni particella è adoperata in un senso alquanto diverso, talora affatto disforme dall'uso classico. Appunto in questo riguardo delle particelle, di cui l'intimo valore è di tanta importanza nel ragionamento, sembra avere la letteratura giuridica, il cui fiorire è nell'età d'argento e nei secoli più tardi della letteratura romana, una grammatica tutta speciale più ancora che nelle altre parti.

giacchè nell'età più antica non v'era certamente se non le quattro servitù rustiche: « via, iter, actus, aquaeductus ». La cosa si spiega probabilmente così: nel concetto e nella enumerazione delle « servitutes praediorum rusticorum » vi ebbe sempre una grande incertezza nella giurisprudenza romana. Erano universalmente ritenute come servitù rustiche le quattro antichissime: « via, iter, actus, aquaeductus », ma alcuni (probabilmente i Sabiniani) restringevano il calcolo delle vere servitù rustiche a quelle sole, altri (probabilmente i Proculeiani) annoveravano anche altre servitù, e quali più, quali meno.

Ulpiano, seguendo in ciò l'opinione dei Proculeiani, e specialmente di Nerazio, ne novera un maggior numero, epperò nell'elenco delle *res mancipi* è obbligato a limitare il carattere di *res mancipi* alle quattro servitù riconosciute universalmente: Gaio invece, che seguiva l'opinione dei Sabiniani, non aveva nessuna necessità di fare questa limitazione.

Che la cosa stia nei termini esposti appare da parecchi testi: pr. I., 2, 3. « Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus ».

§ 2. « In rusticorum praediorum servitutes (Mommsen) quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendae ».

Fr. 1, pr. D., 8, 3 (Ulp.): « Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquaeductus ».

§ 1. « In rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae ».

Nella legge 2 eod. Nerazio, proculeiano, riconosce altre specie di servitù rustiche, ed altre ancora ne riconosce Ulpiano nella legge 3, seguendo sempre l'autorità di Nerazio.

Giustiniano accettò l'opinione dei Proculeiani; pertanto, mentre numerosissime nella materia delle servitù sono le leggi di Ulpiano, Gaio non dà su questa materia se non

poche leggi, e due sole che parlino di servitù rustiche; l'una è la legge 8, D., 8, 3, che stabilisce, secondo le XII Tavole, la lunghezza della « via », l'altra è la legge 5 D., 8, 1, che riguarda pure la costituzione delle quattro servitù « via, iter, actus, ductus aquae ». Ed anche nell'Epitome di Gaio sono tassativamente ènunciate solo queste servitù rustiche (Ep., II, 1, § 3): « Praediorum vero rusticorum iura sunt: via vel iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus ».

Adunque, anche per quel che concerne i *iura praediorum rusticorum*, non è il caso di estendere l'elenco delle *res mancipi* (1).

Brevemente tratteremo il secondo punto, sul quale si discute.

Come si spiega la mancipazione delle persone libere, moglie, figliuoli? Sono esse *res mancipi*, come dicono il Hugo e il Puchta? o debbonsi considerare come *personae mancipi*, seguendo il Plange e il Huschke? A nostro avviso non sono nè l'una cosa, nè l'altra: nessun testo ci dice ch'esse siano *res mancipi*, e quanto all'espressione di *personae mancipi* è nuova di zecca.

Nel *mancipium*, come noi l'abbiamo concepito, non rientrano nè la moglie, nè i figliuoli. Secondo noi, la mancipazione delle persone libere e la potestà di *mancipium* che ne risulta si palesano come una vera anomalia nel diritto classico, la quale si spiega storicamente.

Nell'età più antica, quando il padre, in conseguenza del suo diritto di potestà, alienava un suo figlio o una figlia, il figlio o la figlia venivano allora ad essere perfettamente nella posizione di un *servus* o di una *ancilla*, cioè di una

---

(1) [Ritengo oggi più probabile che il carattere di *res mancipi* si debba estendere a tutte quante le servitù rustiche. V. in proposito Arnò, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, Torino 1895, pag. 56-63. Le servitù rustiche hanno o avevano tutte un regime particolare in ordine agli istituti del diritto quiritario: usucapione, perdita per non uso, *operis novi nuntiatio*, ecc.].

res mancipi, entravano a far parte del ***mancipium*** o patrimonio dell'acquirente e cadevano sotto il suo diritto di *mancipium*. Era pertanto un vero diritto patrimoniale questo, che si aveva sulle persone ***mancipio datae;*** lo rivela abbastanza chiaramente l'identità del nome col diritto di proprietà più antico e il fatto che anche ne' tempi posteriori codesta alienazione soleva farsi con seria efficacia solo nel caso di compensazione patrimoniale. Inoltre anche nell'epoca imperiale questo diritto di ***mancipium*** è paragonato al diritto sugli schiavi; coloro che vi son soggetti ***servorum loco habentur*** e sono manomessi colle stesse forme (1), non acquistano nè eredità, nè legati, se non siano dichiarati liberi nello stesso testamento « sicuti iuris est in persona servorum, etc. » (2).

Ma lo Stato e il diritto, che tanto s'interessarono alla posizione degli schiavi, dovettero maggiormente interessarsi alla posizione dei ***mancipio dati***. Non si riconobbero più come veri schiavi e si cercò con uno studio continuo di mitigare la condizione loro e circondarla di numerose garanzie. Non si osservano per la manumissione le restrizioni della legge *Aelia Sentia*, nè quelle della legge ***Fufia Caninia;*** i ***mancipio dati*** possono conseguire la libertà anche contro il volere di colui, al cui ***mancipium*** sono soggetti, non possono venire oltraggiati impunemente (3): infine la ripugnanza e la opposizione dei giuristi a questo potere è manifesta dalle parole di Gaio: « Ac ne diu quidem in hoc iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, ***nisi scilicet ex noxali causa mancipentur*** » (4). All'infuori di questo solo caso la mancipazione delle persone libere è ridotta a mero spediente per l'abbandono della *patria potestas* o sostanzialmente distrutta nella sua

(1) GAI., I, 138.
(2) GAI., I, 123.
(3) GAI., I, 139, 140, 141.
(4) GAI., I, 141.

orma stessa, come accade nella *coëmptio* (1), la quale per
juesto fatto istesso si palesa come un'applicazione più tarda
lella *mancipatio*, che si origina e si giustifica coll'esempio
lella mancipazione dei figli, poichè anche l'*uxor in manu*
consideravasi come *filiae loco*.

Codesta ripugnanza e codesta opposizione, che rivelano
ome il *mancipium* fosse un residuo di tempi antichissimi,
he non aveva più la sua ragion d'essere nel diritto classico,
bbero per effetto di travisare il carattere originario del
nancipium e farne un diritto ibrido e anomalo, diguisachè
odeste persone trasferite col *mancipium*, soggette al *man-
ipium*, non erano già *res mancipi*, non erano già *servi*, ma
oltanto *in causa mancipii, servorum loco*. Ma da ciò non
leriva che fossero diventate *personae mancipi* (2).

Adunque per l'epoca imperiale l'enumerazione delle *res
nancipi* trasmessa da Gaio, da Papiniano e più precisa-
nente da Ulpiano, è assolutamente tassativa.

2. Ma fu sempre identico il numero delle *res mancipi* in
utte le epoche anteriori?

Se alle origini o in età alquanto remota il catalogo sia
tato oscillante, come ritiene il Christiansen, o più ricco,
ome ritiene il Niebuhr, o più scarso, come ritengono il
Puchta, il Mommsen e il Rudorff, è questione che si tratta
neglio discorrendo dell'origine e del fondamento della
listinzione, poichè i predetti autori non recano verun testo
n sostegno della loro opinione, ma soltanto la derivano dal
concetto che si fanno delle *res mancipi* o della *mancipatio*.

(1) Gai., I, 123, fine.

(2) [Sono bensì *personae in causa mancipii*, ma, poichè il *mancipium*
è divenuto in quest'uso un potere personale di natura speciale, che
non ha più la sua integrazione in un *dominium* patrimoniale sulle *res*,
come avviene in ordine agli schiavi (tra *personae* e *res* non v'è, dicemmo,
incompatibilità nel diritto romano prima dell'epoca romano-ellenica,
perchè *persona* non indica la subbiettività giuridica), esse non possono
esser dette nè *res*, nè *personae mancipi*].

Una cosa sola si può asserire sin d'ora, perchè non ha, credo, bisogno di essere dimostrata, ma è chiara per sè: che la categoria delle servitù rustiche siasi formata e svolta in un'epoca alquanto più tarda che non le altre *res mancipi* (1).

Ma v'ha un'opinione, che non deriva da nessun concetto, anzi è in opposizione con qualunque concetto razionale delle *res mancipi*, e poggia unicamente su argomenti positivi, testuali: la quale per conseguenza deve discutersi ora. L'opinione è di un illustre romanista, il Voigt: gli asini, i cavalli, i buoi ed anche i muli sarebbero stati classificati tra le *res mancipi* solo dopo l'epoca di Varrone e naturalmente prima di Gaio e Ulpiano (2). La fonte è Varrone stesso.

I luoghi su cui si discute sono tratti dal capitolo « Ut bonum pares pecus » del trattato *De re rustica*, e precisamente dalla sezione, in cui Varrone discorre « de iure in parando quemadmodum quamque pecudem emi oporteat civili iure ».

Ivi, in proposito della *emptio servi*, Varrone si esprime così: « In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, *mancipio accepit*, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit qui potuit cedere et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit » (3).

---

(1) [Aggiungiamo: la categoria del *fundus provincialis* non si può esser costituita se non con l'espansione transmarina (pubblica e privata), la designazione antitetica del *fundus italicus* invece che *romanus*, non già con la legge agraria del 111 a. C. (Beaudouin), ma soltanto colla concessione della cittadinanza agli Italiani e l'organizzazione corrispondente dell'Italia (a. 89-80 a. C.); anzi il concetto del *solum italicum* anche fuori della penisola è certamente posteriore].

(2) Voigt, *Jus. Nat.*, Leipzig 1875, IV, pag. 567-569 [ora anche *Röm. Rg.*, I. 1892. pag. 439, n. 88].

(3) Varr., *De r. r.*, II, 10, 4.

In quella vece circa all'*emptio ovium et canum* si parla solamente di *traditio* (1): nulla di particolare (si intende, quanto alla perfezione del negozio con passaggio definitivo del dominio) è detto circa all'*emptio suum et caprarum* (2).

Ma, quel che è grave, Varrone accenna alla *traditio* solamente anche riguardo all'*emptio asinorum, mulorum, equorum et boum:* « In mercando (sc. asino) item ut ceterae pecudes, emptionibus et *traditionibus dominum mutant* » (3): « quos (sc. *mulos*) emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem, quod dictum est in equis » (4): « emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emptione *dominum mutant*, ut in Manilii actionibus sunt perscripta » (5).

Parrebbe risultare da ciò (e a detta del Voigt risulta con evidenza) che gli animali da tiro e da soma non fossero ancora ai tempi di Varrone riconosciuti come *res mancipi*, dacchè non era per quelli richiesta la *mancipatio* o la *in iure cessio*, ma bastava la *traditio ex iusta causa*. Ma per quanto semplice e ragionevole in apparenza, codesta conclusione del Voigt anche *a priori* si dovrebbe rigettare: è troppo strano ammettere che l'insufficienza della *traditio* pel trasferimento della proprietà negli animali da tiro e da soma, e la necessità di tutte quelle garanzie d'ogni specie che circondano l'alienazione delle *res mancipi*, siasi sentita in età in cui, da un lato per la profonda e rapida trasformazione nei costumi, nella vita e nella economia romana, codesti oggetti, intimamente connessi con la vita rurale antica, erano decaduti dall'antica importanza, dall'altro lato

(1) VARR., *De r.r.*, II, 6: « nec non emptor pote ex empto illum damnare, si non *tradet* »: II, 9, 7: « *fit alterius*, cum a priore domino secundo *traditus est* ».

(2) Ibid., II, 4, 5; II, 3, 5.

(3) Ibid., II, 6, 3.

(4) Ibid., II, 8, 3.

(5) Ibid., II, 7, 6.

anche la *traditio* di una *res m.* veniva ad essere garantita come un vero dominio.

Codesta naturale ripugnanza trasse a cercare una conciliazione del testo di Varrone coi testi di Gaio e di Ulpiano; ma dobbiamo confessare che è questo uno dei punti esegeticamente più scabrosi nella nostra materia. Gli animali da tiro e da soma sono *res m.* solo quando appartengono all'*instrumentum rusticum* (Pufendorf). Varrone si è voluto esprimere sul contratto di vendita colle sue cauzioni, non già sul modo d'acquisto della proprietà (Meister, Ballhorn-Rosen). Varrone intende la mancipazione là dove parla della *emptio* (Bynkershoek, Meermann) ovvero (il che è veramente impossibile) là dove parla della *traditio asini* (Meister), o è caduto in errore circa il diritto vigente (Ballhorn-Rosen). Varrone intende parlare d'animali non domati, i quali, conforme alla teoria Proculiana, non sarebbero *res m.* (Th. M. Zachariae, Manhayn, Squitti). Nel commercio ordinario su queste cose e perfino sugli schiavi si stava contenti alla semplice tradizione (Bynkershoek, Ballhorn-Rosen).

Quest'ultima ipotesi, con lievi modificazioni, è forse la più probabile; non mi sembra assurdo supporre che nella pratica il costume generale fosse di trasferire questi animali, che, per la rapida ruina dell'agricoltura romana (1), già prima di Varrone erano decaduti dall'antico pregio, colla semplice tradizione, e codesto costume generale col tempo avesse quasi acquistato il valore e il rispetto di un costume giuridico. Potrebbe confortare quest'asserzione il fatto che nelle fonti, sia dell'epoca più antica, sia dell'epoca imperiale, come abbiamo osservato, non si parla mai di mancipazioni di animali. E potrebbe la stessa ipotesi spiegare anche l'innovazione parziale dei Proculeiani di escludere almeno i giovenchi e i polledri dal catalogo del *res m.;* innovazione per vero avversata dalla scuola conservatrice

---

(1) [Frase consueta, ma errata più che eccessiva. Direi ora: della cerealicoltura].

dei Sabiniani: ma è ad ogni modo abbastanza grave pel nostro asserto che in questo solo punto della nostra materia la scuola più progressiva, seguendo lo sviluppo economico e sociale, cercasse di romperla colla veneranda tradizione.

Se non che v'ha pure contro l'opinione del Voigt ragioni decisive di ordine positivo. E dapprima secondo il Voigt i « quadrupedes, quae collo dorsove domantur » sarebbero stati riconosciuti come *res mancipi* nel periodo di tempo tra Varrone e Gaio; ma veramente convien credere che l'aggiunta alla categoria delle *res mancipi* fosse fatta, non si sa da chi, nè perchè, non appena pubblicata l'opera di Varrone (a. 37 a. C), giacchè, pochi anni dopo, Nerva, il carissimo amico di Tiberio (1), e la scuola innovatrice dei Proculeiani cominciarono a sostenere a questo riguardo un'opinione diversa dall'antica (2). E concediamo pur questo al Voigt; ma se gli animali da tiro e da soma fossero stati aggiunti al catalogo delle *res mancipi* soltanto in un periodo così recente, come non l'avrebbe saputo Gaio? E come avrebbe potuto dire che questi soli animali erano stati annoverati tra le *res mancipi*, e non già gli elefanti e i cammelli, perchè all'epoca in cui la distinzione fu creata elefanti e cammelli non si conoscevano neppur di nome? (3).

I Romani dell'epoca imperiale avevano forse perduto ogni memoria delle battaglie di Eraclea, di Malevento, di Zama, e nell'Asia e nell'Affrica non avevano mai posto piede?

Concludendo, in base al passo di Gaio possiamo ritenere per certo che le *res mancipi* erano, per lo meno quanto agli oggetti fondamentali, tassativamente determinate sin da un'epoca immemorabile, che il giureconsulto non sa dire, ma solo rappresentare colle ingenue parole: A quel tempo, in cui fu stabilito che certe cose fossero *res mancipi*, certe cose *res nec mancipi*, non si conoscevano gli elefanti e i

---

(1) Fr. 2, § 48, D. 1, 2. Cfr. Tac., *Ann.* IV, 58: VI, 26.
(2) Gai., II, 15.
(3) Gai., II, 16.

cammelli nemmeno di nome. Del resto avremo nel capitolo seguente una riprova e una dimostrazione più precisa di questo concetto.

Postilla. — Sulla controversia suscitata dai passi di Varrone una pubblicazione acuta e ricca di notizie è la nota del Baviera, *Sulla dottrina delle « res mancipi » e « nec mancipi »* uscita nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XXVII, pag. 177 e segg., e ripubblicata (2ª ed.) in *Scritti giur.*, Palermo 1909, pag. 77-95. Il Baviera, premessa una scrupolosa e approfondita disamina dei passi varroniani e della intonazione generale del discorso varroniano, conclude, accostandosi in sostanza a una delle varie tesi del Ballhorn-Rosen, che Varrone non intendesse punto esprimersi circa il modo di acquisto della proprietà, bensì circa le cautele pratiche del negozio; ma, sviluppando meglio la tesi e la dimostrazione, egli sostiene che le parole *tradet*, *traditionibus* non alludono punto alla figura giuridica della tradizione, cioè alla tradizione come modo di acquisto del dominio, bensì alla consegna materiale della cosa, che naturalmente il venditore era tenuto a fare, in esecuzione del contratto, anche trattandosi di *res mancipi*.

L'analisi dei testi varroniani e le considerazioni del Baviera mi hanno indotto a riprender la questione. Il risultato cui pervengo è piuttosto scettico, ma non negativo, e pel nostro scopo sufficiente. Esclusa pur sempre in modo assoluto la tesi del Voigt, che gli animali *mancipi* siano stati aggiunti dopo l'epoca di Varrone, cioè nell'età imperiale, quasi ogni altra tesi ha buoni argomenti e offre qualche lato attraente, è insomma plausibile: ciò spiega perchè romanisti di vaglia, come il Bynkershoek e il Ballhorn-Rosen, abbiano così oscillato tra l'una e l'altra. In primo luogo la tesi svolta dal Baviera. Certo contro di essa potrei notare alcune espressioni: « emptionibus et traditionibus *dominum mutant; fit alterius*, cum traditus est, etc. », che sembrano parlar chiaramente di passaggio del dominio

mediante tradizione. Ma d'altra parte *si non tradet* nel discorso sulle pecore allude puramente all'obbligo del venditore, e i consigli giuridici relativi ai singoli animali non si intrattengono se non sulle *cautiones:* la formalità giuridica richiesta al passaggio è sottintesa; anzi è caratteristico che in ordine ai buoi si parli unicamente di *stipulationes* e *actiones*, ma non si faccia nemmeno cenno di un *dominium mutare:* non la forma soltanto, ma il passaggio istesso del dominio è sottinteso. Se inoltre l'omissione della *mancipatio* — dato, il che non è, che l'acquisto del dominio fosse il motivo centrale del discorso di Varrone — potrebbe sorprendere, non deve invece far impressione la menzione della *traditio*, perchè il carattere di figura giuridica, per usare le parole del Baviera, della *traditio*, non ha rilievo se non nel diritto giustinianeo: nel diritto classico e più ancora nell'antico diritto essa è un modo di acquisto del possesso, anche quando col possesso si acquista insieme la proprietà. Cicerone, pare, non vi scorgeva ancora una *alienatio* (1).

Non scevra d'importanza finalmente è l'osservazione che fa il Baviera sulle traccie del Girard che, mentre Varrone, nel riferire le formule per la vendita degli animali *mancipi*, omette ogni ricordo della clausola relativa all'evizione, per gli animali *nec mancipi*, pecore, capre, porci, riferisce la stipulazione dell'*habere recte licere spondes;* precisamente perchè in ordine ai primi la *mancipatio* rende superflua ogni precauzione contro l'evizione.

Ed anche la tesi da me difesa, che la *traditio* fosse già entrata nelle consuetudini per gli animali *mancipi* è pur sempre verosimile. Lo stesso Baviera riconosce che è la più seria e riferisce una comunicazione privata, nella quale essa appare sancita dall'autorità di Teodoro Mommsen.

Ma egualmente plausibile è la prima tesi del Bynkershoek, accolta dal Meermann, che Varrone con la *emptio* intendesse la *mancipatio:* non è a dimenticare che la *mancipatio* è pur

(1) Cic., *Top.*, 5, 28 (v. in seguito cap. VII).

sempre una compra-vendita simbolica, che agli occhi del popolo e degli uomini pratici doveva rappresentarsi senza veli quello che essa era in origine: una compra-vendita effettiva. Anche Plinio a designare la mancipazione usa la forma *emptio mancipi* (in iis emptionibus quae *mancipi* sunt), e nel *testamentum per aes et libram* quasi risalta più la terminologia dell'*emptio* che quella della *mancipatio* (*familiae emptor*, *emit* per *mancipio accepit*, etc.).

Finalmente a me sembra ora più attendibile che per lo innanzi la tesi di T. M. Zachariae che Varrone intenda parlare di animali non domati, i quali, conforme alla teoria proculeiana, non sarebbero *res mancipi*. È questa — nota il Baviera — una felice divinazione della controversia scolastica tra Sabiniani e Proculeiani, perchè lo scritto dello Zachariae è anteriore alla scoperta di Gaio. E in sostanza lo stesso punto di vista era adombrato nella vecchia dottrina del Pufendorf.

Non mi sembra improbabile che l'idea proculeiana, in luogo di rappresentare un pensiero nuovo, ci offra invece un residuo dell'antico sistema e delle antiche idee, allorchè, per essere il concetto delle *res mancipi* intimamente congiunto col lavoro dei campi, non potevano esser ricompresi nel catalogo se non quegli animali che fossero veramente strumenti della coltivazione, gli *instrumenta fundi*, come riteneva il Pufendorf. Invero solo gli animali domati fanno parte dell'*instrumentum fundi* (cfr. ad es. L. 8, D., 33, 7) e solo essi dovevano appartenere alla *familia*. La distinzione tra cavalli, muli ed asini, che appartengono alla *familia*, o che non vi appartengono, cioè rientrano, come si deve presumere, nella *pecunia*, termine antitetico alla *familia*, si trova formulata, come vedremo (cap. IX), nell'antico Catone. D'altra parte io ritengo ora che i Proculeiani siano bensì meno materialistici e rigidamente logici dei Sabiniani, ma appunto perchè più aderenti alle idee sociali, e in questo concetto, che sino ad un certo segno collima col pensiero tradizionale dell'opposizione tra una scuola conservativa e

ına scuola progressiva, io ripongo il criterio discretivo delle lue scuole.

Ben è vero che Varrone nel passo relativo ai buoi II, 5, 11) conosce e fa differenza tra buoi domati e non lomati; ma questa differenza egli la fa in ordine alle *cauiones;* e per l'appunto in quel passo egli non ha il menomo ıccenno all'acquisto della proprietà.

Concludendo, è lecito scegliere tra una serie di ipotesi ragionevoli, come è lecito rimanere dubbiosi: non è lecito nvece creare inutilmente degli enimmi storici e logici, calcando troppo su alcune parole di un antico scrittore molto lotto, ma non molto preciso ed accurato nella forma.

Capitolo V.

Epoca della distinzione.

1. Come vedemmo, l'opinione generale è che la classiicazione fosse antichissima e nata o prima delle XII Tavole o in un'epoca patriarcale preromana o latina. Però lo Schilling è il solo che tenti darne una dimostrazione speciale. Secondo questo autore la distinzione è anteriore alle XII Tavole, cioè nata nel primo periodo del diritto romano. Ecco i suoi argomenti:

a) L'antica impronta della espressione: *mancipi* per *mancipii* e *nec* per *non*.

b) Gai., II, 47: « (Item olim) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent; idque ita lege duodecim Tabularum cautum erat ».

c) L'intima necessità, che scaturisce dalla natura stessa: al tempo, in cui non esisteva peranco quella classificazione, tutte le cose dovevano essere nel commercio alienate come le *res mancipi* o come le *res nec mancipi;* e poichè non si può ragionevolmente ammettere questa

seconda ipotesi, rimane soltanto la prima: ma ne risulta un ordinamento giuridico, assolutamente incompatibile coi bisogni del commercio quotidiano (1).

2. Più spesso si fermarono specialmente su questo punto i fautori dell'opinione che le *res mancipi* e *nec mancipi* si sieno distinte in epoca recente.

Lasciamo di confutare il Ballhorn-Rosen. A lui, uomo eruditissimo, ma intelletto bizzarro, dopo ch'egli ebbe, per sostenere la sua tesi che la distinzione siasi formata nell'età imperiale, negato fede a Gaio e cercato in molte pagine di spiegar curiosamente *res mancipi* in Cicerone come oggetti di proprietà, non già di mancipazione (poichè pe' testi giuridici egli segue l'opinione comune), toccò la più crudele delle smentite; l'anno appresso il cardinale Angelo Mai pubblicava la prima edizione dei Fr. Vat. e precisamente nel primo frammento la distinzione appariva già nota fino ai giureconsulti *Veteres*.

Il Cogliolo reca per il tardo sorgere della distinzione come indizio interessante l'espressione « constituebatur » usata da Gaio (II, 16); espressione, che anche al Longo (Antonio) pare importante, accennando a una istituzione riflessa, cosciente e per ciò stesso sistematica e non riferibile ad un'epoca tanto remota. Che accenni è possibile: ma per gli antichi ogni cosa, di cui era ignota l'origine, era stata fondata o creata da un legislatore o da Dio. Un tale indizio potrebbe forse valere se Gaio mostrasse di ricordarsi dell'epoca, in cui nacque la distinzione: ma Gaio, come vedremo, non la ricorda più.

Ma una teoria capitale in questo senso per la serie numerosa degli argomenti con cui l'autore volle sostenerla, è quella del Voigt: che la classificazione sia nata fra il 585 e il 650 di Roma. Anzitutto egli ribatte così i due primi argomenti dello Schilling: *a*) dell'uso dell'*i* per *ii* si hanno esempi

(1) Schilling, *Bemerk.*, pag. 153.

numerosi anche sul finire della repubblica: *nec* per *non* si trova perfino in Giuliano (1); *b*) Gaio attribuisce alle XII Tavole il risultato di uno sviluppo giuridico molto più tardo.

Ed ora veniamo alle ragioni positive del Voigt:

1° La funzione della tradizione come modo d'acquisto e la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* è posteriore alle XII Tavole. Gli scrittori che trattano *ex professo* della seconda (Gai., I, 120; II, 15-17; Ulp., XIX, 1) non menzionano punto le XII Tavole; parimenti non abbiamo nei giuristi il più lieve accenno che la *traditio ex iusta causa* come modo di acquisto della proprietà sia stata riconosciuta dalle XII Tavole, le quali d'altra parte regolano la mancipazione: « Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto ».

2° L'Editto sull'*exceptio rei venditae et traditae* del 514-518 u. c. si fonda come presupposto necessario nel fatto che la tradizione non sia peranco mezzo di trasmissione della proprietà.

3° L'Editto publiciano del 519 u. c. era così concepito: « Si quis id quod ei traditum est ex iusta causa petet ». Donde emerge da una parte che al tempo dell'Editto la *traditio ex iusta causa* non produceva nè la proprietà nè la *r. v.*, ma soltanto la Publiciana, dall'altra parte che l'Editto non conosceva ancora la classificazione di *res mancipi* e *nec mancipi*.

4° Riguardo alle donazioni vale invero nell'epoca imperiale un diritto diverso per le *res mancipi* e le *nec mancipi*, ma non ch'esso sia riferito alla *lex Cincia de donis et muneribus* del 550 u. c.; v'ha motivo di credere che quell'ordinamento giuridico fosse stabilito dalla giurisprudenza di una età posteriore (Fr. Vat., 310).

5° In Plauto (m. nel 570 u. c.) non si trova alcuna traccia nè della tradizione come modo di acquisto di proprietà, nè della classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi*.

---

(1) In Ulpiano, l. 41, *Ad Ed. Pr.*, L. 3, § 10, D., 38, 10.

6° Nell'anno 584 u. c. un senatoconsulto conferì ai legati Gallici il privilegio: « ut denorum equorum iis commercium esset » (Liv., 43, 5, 9). Ora, poichè i cavalli per testimonianza di Varrone non erano *res mancipi* nemmeno nell'anno 717 u. c., la ragione del privilegio non può essere che questa: che in tutte le cose fosse necessaria per la trasmissione la *mancipatio*, la quale non era permessa agli stranieri mancanti di *commercium*.

Per contrario la funzione della tradizione come modo di acquisto della proprietà e la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* sono più antiche: 1° della *Constitutio Rutiliana* (650 circa u. c.), che attesta come già nota la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi;* 2° degli anni 691, 695, 710 u. c. (Cic., *pro Mur.*, 2, 3; *pro Fl.*, 32, 79; *Top.*, 5, 28); 3° dell'anno 717 u. c. (Varr., l. c.).

Confutiamo dapprima gli argomenti positivi del Voigt:

1° Nelle Istituzioni di Giustiniano abbiamo una disposizione riferita alle XII Tavole, nella quale si menziona la *traditio:* « Venditae res et traditae non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit » (*Inst.*, II, 1, 41).

Ma l'argomento potrebbe essere fallace. Un altro argomento invece molto semplice ha però un serio valore. Noi siamo troppo lungi dal conoscere tutto il contenuto delle XII Tavole. D'una infinità di disposizioni importantissime di questo Codice noi non abbiamo il testo, ma solo un ricordo o un accenno incidentale negli scrittori letterari e nei giuristi (1).

Il giureconsulto teorico, quando non interpreti direttamente la legge, non si riporta al testo della legge o a un

(1) [Quanto alla *traditio*, io credo ora per vero che le XII Tavole non ne parlassero; il testo delle Istituzioni (come n'è stato avanzato il sospetto) doveva riferirsi alla mancipazione. Ma ciò non vuol dire che la *traditio* fosse ignota e la *mancipatio* di applicazione generale: le XII Tavole non regolavano tutto il diritto, ma solo quei rapporti in cui occorreva recar certezza o portare innovazioni, e non regolavano sovrattutto rapporti e negozi non formali].

principio sancito in quella, se non per le disposizioni più singolari o *cadute dall'uso*. Ciò è ben naturale, massime, per più ragioni, nella legislazione e nel sistema de' giureconsulti dell'antica Roma: ma uno sguardo sulle reliquie delle XII Tavole, conservate sia nel testo, sia nel concetto, può farne convinti pienamente di questo asserto: salvo ciò che ne deriva dagli studiosi dell'antico, Varrone, Gellio, Festo, che è la più gran parte dei frammenti, i ricordi, che ne pervennero dalle fonti giuridiche, sono tutti di tal genere.

Ma quanto alla classificazione della *res m.* e *nec m.* è poi vero che i giureconsulti, i quali trattano ex professo la questione, non ricordino mai le XII Tavole? Osserviamo che Gaio (II, 47) lo si fa tacere per forza, ed il suo ricordo è appunto di quel genere, che abbiamo espresso; si tratta di un principio caduto, il divieto di usucapione della *res mancipi* alienata dalla donna. D'altra parte nemmeno i giureconsulti, che trattano ex professo della *mancipatio* (Gai., I, 120; Ulp., XIX, 3), non si riferiscono mai alle XII Tavole, e ne abbiamo solo una testimonianza affatto incidentale nello stesso passo di Paolo già citato (Fr. Vat., 50): « Ego didici et deduci (usum fructum) ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem (1) lex XII Tabularum confirmat ».

Infine ricordiamo pure che due illustri autori, il Kuntze e il Jhering, asseriscono, non senza fondamento, che l'antitesi tra *res mancipi* e *nec mancipi* fosse contenuta nell'antitesi tra *familia* e *pecunia*, che si trova nelle XII Tavole.

2° e 3°. Per quel che concerne l'argomento che si trae dall'*exceptio rei venditae et traditae* e dall'Editto publiciano avrebbe già poca forza, se le due formule fossero genuine, ma non sono.

Codesta istoria dei due editti, e specialmente dell'Editto publiciano, è altrettanto buia e ipotetica quanto quella

(1) Forse, per la logica del ragionamento: « et mancipationum et in iure cessionum leges (Huschke) ».

delle *res mancipi*, forse appunto perchè è frammisto in essa qualche cosa delle *res mancipi*.

Noi non conosciamo per vero quale sia l'epoca certa della *exceptio rei v. et tr.* e dell'*actio Publiciana;* non conosciamo quale fosse la funzione della *exceptio* e della *Publiciana* nel diritto antegiustinianeo, se sieno state create soltanto a tutela del possesso di b. f. tanto sulle *res mancipi* quanto sulle *res nec mancipi*, ovvero insieme dell'*habere in bonis* sulle *res mancipi* trasmesse colla semplice tradizione. È probabile che lo scopo fosse duplice, come duplice era senza dubbio nel diritto antegiustinianeo la funzione della corrispondente usucapione, che pur essa sopravvive nel diritto nuovo nella sola funzione della difesa del possesso di b. f.; è possibile che l'Editto publiciano fosse un editto generico con due formule specifiche (1), e che nel Digesto (6, 1) sia inserita soltanto la formola riguardante il possesso di b. f., laddove Gaio ci darebbe la parte comune delle due formule: « Datur haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit » (GAI., IV, 36).

4° Quanto alla *lex Cincia*, data pure per vera l'opinione del Voigt che la distinzione di regime tra *res mancipi* e *nec mancipi* in tema di donazione derivi dalla giurisprudenza posteriore, essa è opera di una giurisprudenza assai antica, poichè in questa distinzione è la massima efficacia della legge.

5° Niente rileva che in Plauto non vi sia cenno di *res mancipi* e *nec mancipi*. Primieramente abbiamo già

---

(1) Tale è nelle ricostruzioni date dal Lenel e dal Rudorff. Nel primo (*Das edictum perpetuum*, § 59) la clausola riguardante la *traditio* di una *res mancipi* è così concepita: « Si quis id quod mancipatur traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo ». Nel Rudorff la stessa clausola è ancora più esplicita (*Ed. perp. quae rel. sunt*, Lipsiae 1869): « Si quis rem mancipi, quae traditur ex iusta causa a domino et nondum usucaptam petet, iudicium dabo ». Del resto è questa l'opinione generalmente ammessa [V. in seguito gli studî sulla *exceptio rei vend. et trad.* e sull'Editto publiciano].

notato che di *res mancipi* e *nec mancipi* si fa soltanto menzione da giuristi, giacchè tra costoro si può comprendere anche Cicerone. Storici, filosofi, poeti, letterati e infine scrittori d'ogni altra materia non vi accennano mai; sicchè se dovessimo stare al risultato negativo di queste fonti e non ci soccorressero le fonti giuridiche, la classificazione non sarebbe nata giammai e dovremmo giudicarla un malinconico sogno di Giustiniano. Ciò che possiamo attenderci da non giuristi è ch'essi parlino della *mancipatio:* e Plauto appunto ne parla, e sempre in relazione a *res mancipi.*

6° Infine il passo di Livio, come la *lex Cincia*, è piuttosto un nuovo argomento contro la tesi del Voigt, poichè per noi, che non concediamo alla testimonianza di Varrone il valore che le attribuisce il Voigt, la ragione di quel privilegio sta nell'essere appunto i cavalli *res mancipi.*

3. D'altra parte gli argomenti addotti dallo Schilling a favore della tesi contraria resistono alla confutazione del Voigt.

Già del terzo argomento (la necessità) il Voigt non si cura, ed è grave molto. Quanto al primo noi ne abbiamo già discorso a lungo. Verissimo: gli esempi della grafia dell'*i* contratto si hanno pur sul finire dell'età repubblicana: aggiungiamo, se ne hanno esempi isolati anche nell'età imperiale. Ma quel che è veramente unico nel caso nostro è che la vieta grafia si sia mantenuta in questa formola perpetuamente inalterata; il che è chiaro indizio di una remotissima antichità, dacchè questa espressione ci comparisce, direi quasi, come la formola più veneranda del linguaggio giuridico.

Parimenti dell'uso del *nec* per *non* v'ha esempio negli scrittori più antichi: « Si quid tibi neque satisfactum » (Cat., *De re rust.*), « nec recte » (Plaut., *Bacch.*), « pariceida nec esto » (*lex tribunicia* in Festus); « nec oboedientem: provocatio nec esto: qui nec aderit » (Cic., *De leg.* nel disegno di legge, in cui l'autore vuol riprodurre formule arcaiche).

È notevole è il fatto che la massima parte degli esempi sono tratti dalle XII Tavole: « nec manifestum (furtum) » « si intestato moritur, cui suus heres nec escit » « si libertus intestato moritur, cui suus heres nec escit » « si agnatus nec escit » « ast ei custos nec escit » « nec idoneus » « ius nec esto » (1).

Quanto all'argomento testuale, che si trae da Gaio, rigettato dal Voigt, osserviamo col Kuntze, che è troppo repugnante imputare a Gaio, il quale aveva composto un commentario sulle XII Tavole, una confusione del diritto delle XII Tavole con un diritto posteriore di parecchi secoli. Se non che avremo occasione di mostrare nel seguito di questa trattazione le conclusioni non felici circa la storia della tutela muliebre, alle quali è tratto il Voigt per la trascuranza di quel testo.

Ancora, soggiungeremo col Kuntze, se la distinzione fosse nata così tardi, perchè tra le *res mancipi* non furono comprese le servitù urbane?

Un altro indizio a favore della nostra tesi può anche fornire il passo ricordato di Gaio, ove nell'assegnare la ragione, perchè tra le *res mancipi* non fossero compresi gli elefanti e i cammelli, dichiara che al tempo, in cui si stabiliva quella classificazione, elefanti e cammelli non si conoscevano neppur di nome; dal che parrebbe risultare, che della origine di codesta classificazione non si aveva memoria fin dalla battaglia di Eraclea (a. 472 u. c.); ma, come abbiamo già rilevato, le parole di Gaio hanno soprattutto valore per questo, che in esse appare il sentimento confuso di un'antichità molto remota, di un'oscurità grande nelle ragioni genetiche della distinzione (che è anch'essa un'altra prova a nostro favore), dacchè si concepiva quasi la possibilità di includere tra le *res mancipi* anche gli elefanti e i cammelli, e del fatto contrario non sapevasi dare

---

(1) Draeger, *Histor. Syntax der lat. Spr.*, II, pag. 67. — Roby, *A Grammar of latin language from Plautus to Suetonius*, pag. 465, n. 2227.

altra ragione se non questa, che all'epoca in cui la distinzione s'era fondata, gli elefanti e i cammelli non si conoscevano neppure di nome.

Finalmente per l'alta antichità della distinzione ci può far prova un argomento d'ordine generale. In codesta materia che fa centro al *mancipium*, noi siamo di fronte, secondo quel che appare, a tutto un sistema di diritto antichissimo, il quale nel periodo storico, che noi conosciamo, è in dissoluzione. Ovunque si accenna ancora al *mancipium* nel diritto romano da Cicerone a Gaio, da Papiniano a Ulpiano e Paolo, siamo in presenza di istituti oscuri per gli stessi giuristi romani, di reliquie misteriose e venerande, di ruderi isolati, che si perdono affatto soltanto nel diritto giustinianeo, e di cui la reliquia più misteriosa e veneranda, sembrano essere precisamente le *res mancipi* e *nec mancipi*.

E notiamo un'altra cosa, che giustamente meraviglia il Bonghi (1). La distinzione, quale ci si presenta, non ha storia: le *res mancipi* sono state sino ab origine tante quante dicono, nel II secolo dell'impero, Ulpiano e Gaio, non mai più, nè mai meno: e il Bonghi crede « che la intelligenza della distinzione riescirebbe più piena se si ammettesse in essa uno sviluppo, come in ogni altra cosa, e se ne cercasse l'origine e la ragione presso le genti del Lazio ». E noi conveniamo facilmente con lui, e più rimessamente col Christiansen in questo. Non è possibile che la distinzione sia stata creata tutta di un pezzo; uno sviluppo, una storia vi deve essere stata. Ma di questo sviluppo, di questa istoria non abbiamo veruna traccia; salvo alcuni momenti secondari (cfr. pag. 110), il catalogo delle *res mancipi* è cristallizzato da tempo immemorabile e vien ripetuto quasi nello stesso ordine e stessi termini da Gaio, Papiniano, Ulpiano.

Concludendo, noi crediamo che la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* sia non solo anteriore alle XII Ta-

---

(1) *Cultura*, 1886, 1-15 agosto.

vole, nel quale periodo probabilmente l'istituto ha già trasformata la sua fisonomia primitiva, ma ritrovi la sua prima origine e le sue vere fasi di sviluppo nelle costumanze e negli istituti dell'antico popolo latino.

Postilla (1889) (*). In una recensione al primo fascicolo del presente studio, in *Monitore dei Tribunali*, 1888, v. XIX, pag. 296, il Ferrini così si esprimeva: « Anche dopo la lettura delle belle avvertenze a pag. 114 e segg. [è il capitolo che precede], continuano in me i dubbî circa l'epoca della distinzione; che questa risalga alla vetusta *interpretatio fori*, e insomma più in là che il Voigt non conceda, mi pare sicuro; che risalga oltre ancora, non altrettanto. L'espressione « *constituebatur* », G., II, 16, che a ragione s'era imposta al Cogliolo e al Longo, non è bene spiegata dall'A.; il « *constituere* » *è tecnico per significare l'opera della giurisprudenza, il lavoro cosciente e riflesso dei giureconsulti* ».

Rimedio all'omissione gentilmente avvertitami dal prof. Ferrini. Io non credo che *constituere* sia nelle fonti vocabolo tecnico per significare l'opera della giurisprudenza; *constituere* è vocabolo generico, nè mi par veramente tecnico in verun senso, meno ancora in quello voluto dall'opinione comune, messa in voga dal Dirksen.

Vengo alla prova più evidente, cioè allo spoglio delle fonti. E cominciando precisamente da Gaio, cioè dalla fonte del nostro *constituebatur*, reco dapprima la serie de' testi, nei quali *constituere* non significa *certamente* l'opera della giurisprudenza, omesso il nostro paragrafo.

Gai., I, 1, populus... ius constituit. — naturalis ratio... constituit. — I, 3, populus constituit. — plebs constituit. — I, 4, senatus constituit. — I, 5, imperator constituit. — I, 7 (*a proposito dei resp. prud. non v'è constituere*). — I, 15, dediticiorum numero constitui. — I, 34, Traianus constituit. — I, 40, certus modus... per l. Aeliam Sentiam constitutus sit. — I, 42, l. Fuf. Can. certus modus constitutus est. — I, 73, rescripto d. Hadr... constitutum. — I, 88, neque ex ullo SC. talis coitus quasi iustus constituitur. — I, 123, servorum loco constituuntur. — I, 278, dotis constituendae gratia. — I, 180, id. — II, 31, usumfructum... cet. sim. iura constituere. — II, 32, usufructus constituitur. — II, 33, id. — II, 164, cernere est quasi decernere et constituere. — II, 167, solet praetor... tempus constituere. — II, 168, constituerit hereditatem non adire. — II, 208, lege Papia... constituitur. — II, 187, SC... constitutum est. — III, 32, loco heredum constituuntur. — III, 57, ex l. Junia constituta sunt. — III, 122, lex Appuleia... actiones constituit. — III, 142, locatio autem et conductio similibus regulis constituuntur. — III, 143, nulla mercede constituta. — III, 147, mercede... constituta. — III, 186,

(*) Questa postilla è estratta dal fasc. II del presente studio (cap. VIII) e qui trasportata.

actio constituta est (furti concepti). — III, 187, constituta est actio f. obl.). — III, 189, adiudicati loco constitueretur. — quadr. actio praet. ed. constituta est. — III, 192, lex... nullam poenam constituit. — III, 210, actio constituitur per legem Aquiliam. — III, 215, tanti actio constituitur. — III, 217, hoc capite (l. Aq.) constituitur. — III, 223, poena erat constituta. — III, 224, constituerit (praetor). — IV, 16, poss. constituebat (praetor). — IV, 19, haec... legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam. — IV, 23, aliae leges constituerunt. — IV, 37, nostris legibus actio constituta est. — IV, 72, tributoria actio... constituta est. — IV, 76, constitutae sunt... noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris. — IV, 84, procurator... constituitur. — IV, 85, tutores... quemadmodum constituantur. — IV, 111, pro capitali poena constituta sit. — IV, 171 (adv. inf.) dupli actio constituitur. — IV, 177, contr. iudicium constituitur. — IV, 183, poena constituitur.

Di fronte a questi sono due luoghi dubbî, solamente perchè impersonali: I, 192, eaque omnia ipsorum causa constituta sunt. — II, 54, soli rerum annua constituta sit usucapio.

Resultato: 50 luoghi in cui *constituere* non ha *certamente* il presunto significato tecnico, 2 luoghi dubbî, se vuolsi, nella forma impersonale, giacchè nella sostanza poco si può dubitare che almeno il primo non si riferisce all'attività della giurisprudenza.

Nè basta: per tutte le fonti, leggi, consuetudini (*naturalis ratio*, *ius gentium*), plebisciti, senatoconsulti, costituzioni imperiali è usato il verbo « *constituere* », *fuori che per i « responsa prudentum »*.

La qual cosa naturalmente è osservabile anche nelle Istituzioni di Giustiniano.

Testimonianze simili in tutto offre un'altra fonte dello stesso genere, il noto *Enchiridion* di Pomponio (2, D., 1, 2). Ivi ricorre 31 volte il verbo *constituere*. Ora 10 volte è riferito a tutte quante le varie fonti del diritto, *eccettuata sempre la giurisprudenza*. Che anzi tre volte ricorre menzione dell'opera della giurisprudenza e sempre l'uso del *constituere* è quasi studiosamente sfuggito: § 5, « hoc ius quod sine scripto venit *compositum a prudentibus* ». — § 12: « Ita in civitate nostra aut iure idest lege constituitur aut est proprium ius civile quod sine scripto *in sola prudentium interpretatione consistit* ». — § 39: « P. Mucius et Brutus et Manilius *qui fundaverunt ius civile* ».

Negli altri casi è adoperato generalmente da Pomponio per significare il primo stabilimento legale di nuove magistrature.

Nelle Pandette il verbo *constituere* ricorre negli usi più svariati: costituzione di servitù prediali e personali o di altri rapporti con la cosa, come il precario, di imposizioni o corrisposte (*vectigalia*); o anche di dominio (*dominus constitui*, *rem Titii constituere*); costituzione di obbligazioni in genere; conclusione di sponsali e di nozze; costituzione di tutori o di procuratori; stabilimento delle parti in un contratto di società; del prezzo o della mercede in contratti di vendita o di locazione. *Constituere* viene usato eziandio a proposito di testatori (*mens constituentium*) o anche di qualunque determinazione dell'auto-

rità pubblica o della volontà individuale: senza dire infine di tutti i testi relativi alla *pecunia constituta*, al *servus constitutus* o *sui iuris constitutus*.

In tutti questi usi la mole dei testi è stragrande. Ma *constituere* è usato ancora normalmente per denotare l'origine e le diverse fonti del diritto, sieno riflesse o sieno pure spontanee, come la consuetudine, sieno reali, sieno ideali (fr. 32, § 1, D., 1, 2: « ius moribus *constitutum* ». — fr. 4, § 1, D., 1, 4: « *constitutio* iuris gentium »). Inutile poi osservare che *constituere*, *constitutio* sono vocaboli divenuti via via d'uso più stabile e, finalmente, già innanzi allo spirare dell'età classica, d'uso veramente tecnico e comune (cfr. Gai., I, 5, e Ulp., in L. 1, § 1, D., 1, 4: « haec sunt quas *volgo constitutiones* appellamus ») per qualunque emanazione dell'autorità imperiale.

Se non che, in mezzo alla mole stragrande dei testi, ben pochi frammenti hanno, o si potrebbe supporre che abbiano, *constituere* per l'opera dei giureconsulti. Li riferiamo, includendovi anche i sospetti: fr. 43, D., 9, 2: « et hoc aliter *constitui* sine magna captione postumorum liberorum non poterit » (?). — fr. 51, § 2, *ibid.*: « quod si quis absurde haec a nobis *constitui* putaverit, cogitet longe absurdius *constitui* » (?). — fr. 28, D., 9, 4: « si aliter *constituatur*, futurum » (?). — fr. 35, D., 11, 7: « praemiis adficiendum omnes (maiores) *constituerunt* » (?). — fr. 3, § 4, D., 26, 1: « ait Celsus Servium *constituisse* ». — fr. 91, § 3, 4, 6, D., 45, 1: « Sequitur videre de eo quod veteres *constituerunt* quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor quominus solvere possit, expeditum intellectum habet *constitutio*..... Nunc videamus in quibus personis haec *constitutio* locum habeat... Effectus huius *constitutionis* ille est... ». — fr. 96 pr., D., 50, 16: « Litus est — idque M. Tullium aiunt (M. Tullius G. Aquilium ait *Mo.*), cum arbiter esset, primum *constituisse* ». — fr. 120, D. *ibid.*: « id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura *constituentium* » (?).

Ai testi citati del Digesto si possono aggiungere *ad abundantiam*: Fr. Vat., 1 (?) (constitutio Rutiliana); 197 (?) (Pap., Et puto constituendum). — Cic., *De Off.*, III, 16.

La maggior parte dei testi citati presentano, come ognun vede, una decisione o una illazione: taluni, che esprimono un principio giuridico, non si riferiscono all'opera della giurisprudenza: per esempio, il fr. 35, D., 11, 7, evidentemente rispecchia la consuetudine. Or come da due o tre frammenti si vuol dedurre l'uso tecnico di un vocabolo così generico, e precisamente in casi nei quali è di proposito schivato nelle Pandette e schivato poi costantemente allorchè trattasi espressamente delle diverse fonti del diritto? Tanto meno poi che il *constituebatur* di G., II, 16, si debba aggiungere a quei due o tre frammenti! Anche noi dobbiamo ben dire che la distinzione si costituiva o si era costituita.

L'opinione da me combattuta ha generato più di una induzione fallace. Oltre al sospetto che ha fatto nascere nel caso nostro, da taluni dei testi citati, come, per esempio, il fr. 120, D., 50, 16, il fr. 91, § 3,

D., 45, 1, e in generale gli ultimi frammenti riferiti del Digesto, alcuno ha voluto con troppa fretta trarre conseguenze generali. Così lo Scharlach (*Archiv für die civ. Prax.*, vol. LXII (1879), pag. 435 e segg., in ispecie pag. 441), pretese provare che il *ius singulare* di cui al fr. 16, D., 1, 3 (*auctoritate constituentium*), fosse in Roma introdotto unicamente *dai giureconsulti* per causa di utilità contro le regole generali.

[Non a diversa conclusione si può giungere ora, esaminando le voci *constituere*, *constitutio*, nel *Vocabolarium iurispr. rom. iussu Inst. Sav. comp.*, secondo la distribuzione degli editori (vol. I, pag. 944-957): la giurisprudenza non è menzionata come fonte del diritto nè sotto *constituere* (pag. 945-947), nè sotto *constitutio* (pag. 953-957), salvo, se si vuole, la citata L. 91, §§ 3, 4, 6, D., 45, 1, di Paolo relativa a un *constituere* o a una *constitutio* dei *veteres*, che viene elencata sotto la rubrica un po' vaga: *Institutio publica*].

Capitolo VI.

Le " res mancipi „ e " nec mancipi „ rispetto ai modi di alienazione.

1. Gli elementi che siamo venuti fissando via via, nella l'esposizione critica delle dottrine e nell'esame delle questioni preliminari, preparano o per lo meno sgombrano il campo per l'indagine fondamentale sul concetto della nostra classificazione di beni.

Nella esposizione critica delle teorie noi rilevammo due lati del problema: il fondamento razionale e la origine storica della distinzione; due aspetti distinti, che rappresentarono finora indirizzi diversi nella ricerca, e ci condussero per questo motivo a stabilire due sistemi nella classificazione delle teorie. Talora per vero (e ciò mi fu cortesemente osservato dal Ferrini nella recensione, citata a pag. 125, alla prima parte di questo lavoro) la *quaestio de finibus* poteva apparir delicata: nella soluzione del quesito compariva qua e là un intreccio de' due elementi e lo notammo di proposito.

Non ci avvenne però di riscontrare *nessuna* teoria, nella quale i due aspetti fossero distintamente concepiti, indi-

pendentemente analizzati e, a un tempo stesso, connessi e compenetrati in un concetto unico. Anche nelle diverse opinioni eclettiche l'un momento della questione è ognora sacrificato all'altro; mentre d'altra parte, nelle teorie estreme del primo o del secondo sistema (come sono, ad esempio, da un lato quella del Huschke, dall'altro lato quella del Maine), o si considera solo il fondamento razionale, esagerando questo momento sino a concepire la distinzione romana in sè come una classificazione assoluta, una vera categoria filosofica, o si nega assolutamente che un fondamento razionale vi sia (1).

Nell'esame delle questioni preliminari abbiamo fissato come dati sicuri, o almeno molto probabili, il significato genuino dell'espressione *res mancipi* (cose di proprietà, o, meglio, oggetti del patrimonio familiare), il catalogo fisso *ab antiquo*, l'origine preistorica della distinzione.

Affinchè ora il nostro concetto riesca sviluppato e dimostrato con quella maggior sicurezza e pienezza che sarà possibile, noi procederemo nella nuova indagine con questo metodo: studieremo prima i varî caratteri giuridici delle *res mancipi* e *nec mancipi* ne' varî momenti della storia di Roma, fin dove ci è dato risalire, e infine, sulla base degli elementi raccolti e di nuove induzioni, verremo a stabilire il fondamento razionale della nostra classificazione e ci avventureremo a tentare il problema delle origini, ricostruendo la più antica figura giuridica, che essa ebbe presso le genti del Lazio o nella Roma primitiva.

Un'ultima osservazione. Come appare, l'ordine tenuto da noi nell'indagine storico-giuridica segue, per così dire, a ritroso le fasi della distinzione; ma dovendo ricostruire la figura primitiva di una istituzione che rimonta ad epoca remotissima, questa ci è sembrata la via migliore: di studiarne dapprima le forme e le reliquie nell'epoca sicura,

---

(1) [V. ora principalmente le dichiarazioni recise del Perozzi, che riportiamo a pag. 38, n. 1].

documentata, della storia, rilevare i caratteri del suo svolgimento, rifacendo appunto in senso inverso il corso della sua storia particolare, e dipoi coordinare e integrare i risultati ottenuti coi risultati della comparazione e delle più dirette indagini.

2. Nel diritto classico la differenza più grave tra le *res mancipi* e *nec mancipi* è ne' modi di alienazione. Si richiede obbligatoriamente per le prime una delle forme civili, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, e, come rimedio, la *usucapio*: per le altre basta la semplice *traditio*, che appartiene al diritto delle genti, o al diritto naturale.

Gai., II, 65: « ..... ex his, quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur (cioè, giuridicamente, le sole *res nec mancipi*): quaedam civili ».

Gai., II, 204: « ..... heres, si res mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet: si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit ».

Cic., *Top.*, 5, 28: « Abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio ».

Però più specialmente propria delle *res mancipi* è la *mancipatio*, come propria delle *res nec mancipi* è la *traditio*.

Gai., II, 18-22: « Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi. Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt..... Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae ».

Ulp., XIX, 3: « Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi ».

Ulp., XIX, 7: « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi ».

Adunque la teoria delle *res mancipi* e *nec mancipi* si collega intimamente colla teoria de' modi di alienazione, e più specialmente colla *mancipatio* e colla *traditio*, sebbene, a

nostro avviso, codesta differenza non sia causa prima, ma effetto della distinzione (1).

Ora, *mancipatio*, *in iure cessio*, sono forme solenni. Il fondamento giuridico della tradizione è invece nella volontà del proprietario tradente o nella volontà concorde del tradente e dell'accipiente: « nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam *voluntatem domini volentis* rem suam in alium transferre ratam haberi » (2).

---

(1) Appunto la distinzione si fa nelle Istituzioni di Gaio, avendo solamente riguardo ai modi di alienazione o derivativi (GAI., II, 65); degli altri modi d'acquisto di diritto naturale, che son tutti modi originarî, si discorre a parte, quasi a mo' di appendice inorganica (II, 66-69). Ciò sembra ingenerare una certa confusione; ma si spiega col fatto che la distinzione è in intima correlazione e corrispondenza coll'altra delle *res mancipi* e *nec mancipi* rispetto alla loro alienazione. Via via che l'assimilazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* procede, anche la divisione de' modi d'acquisto, o, meglio, di alienazione perde d'importanza: abolite le *res mancipi* e *nec mancipi*, non ha più la sua ragion d'essere giuridica. Ma nel diritto giustinianeo la distinzione non ha più nemmeno una ragion d'essere storica, perchè delle forme civili di alienazione di diritto privato non sopravvive propriamente che la *usucapio* (che si può, sotto un certo rispetto, concepire come una forma d'acquisto derivativo), trasformata anche nella sua funzione. Pertanto se la medesima si ritrova nelle Istituzioni di Giustiniano è solo per un errore o una eccessiva simpatia teorica per queste categorie del *ius civile* e del *ius naturale:* e per vero i compilatori, dopo aver enunciato pomposamente la distinzione (§ 19, I., 2, 1) ed esposto i modi di acquisto di diritto naturale, si dimenticarono affatto di soggiungere i modi civili, poichè anche della usucapione si parla solo nel Titolo VI La stessa singolarità rilevo nel Tit. *De acq. rer. dom.* (D., 41, 1), dove pure si enuncia la divisione (GAI., fr. 1) e si rinnova la dichiarazione di voler discorrere prima de' modi d'acquisto di diritto naturale; nè d'altri poi si parla in tutto il Titolo. Onde a ragione i pandettisti moderni hanno abbandonato quella classificazione nella trattazione sistematica del diritto romano: e a torto la rinnova qualche autore moderno, come, ad esempio, il MÜHLENBRUCH [V. ora su questo punto e sull'erroneo spostamento eseguito dagli editori delle Istituzioni di Gaio le mie *Istituzioni*, § 81, 5ª ed., pag. 236-238].

(2) GAI., fr. 9, § 1, D., 41, 1. — Cfr. anche: POMP., fr. 16 pr., D., 19, 5; PAUL., fr. 9, § 4, D., 22, 6; ULP., fr. 6, D., 39, 5; GAI., fr. 9, §§ 4, 5, 7; POMP., fr. 21, § 1; CALLISTR., fr. 25, D., 41, 1.

I testi citati sono tratti dal bel libro del Perozzi (*Della Tradizione*, Annali dell'Università di Perugia, 1886), il quale ne argomenta che l

Ora, perchè mai codesto rispetto alla *volontà del pro-rietario, che vuole* trasferire il suo diritto di proprietà, una osa tanto conveniente all'equità naturale, si perde di vista elle *res mancipi?* Nell'atto d'acquisto di una *res mancipi* la olontà dell'individuo rimane soffocata o sparisce. Il primo roprietario può aver già venduto o donato la cosa sua, può nche averne trasferito materialmente il possesso nelle mani ell'acquirente: ma il diritto non riconosce questo muta-iento, lo Stato esige una forma pubblica e solenne di alie-azione. Nè basta: la volontà del proprietario alienante — iò che fu notato da tempo come una stranezza — non ppare. È l'acquirente, il quale afferma energicamente: « Tal ondo o tal servo, dichiaro io, è mio secondo il diritto dei)uiriti » (« Hunc *ego* fundum, hunc *ego* hominem ex iure)uiritium meum esse *aio* ») (1), aggiungendo nella *manci-atio:* « e sia mio (ovvero: ed è mio), perchè l'ho comperato » « isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra » (2), vvero: « emptus mihi est pretio ») (3), e forse nella *in iure essio:* « qualunque sia la causa dell'acquisto (?) » (« secundum uam causam ») (4). In mancanza di una migliore spiega-ione si suol ritrovare in questo fatto un simbolo di quello tesso spirito energico e prepotente dei prischi Quiriti, per

---

radizione non fosse un contratto, ma un atto di acquisto, poichè le fonti nsistono sulla volontà del tradente. Io per vero, pure escludendo che tradizione sia forma, non sono dell'opinione dell'A. nel rifiutare alla iedesima la natura di contratto [s'intende, nel senso moderno di questo oncetto, che equivale ora ad accordo] e sembrami che i testi suddetti bbiano ben altro significato. Le frasi « *voluntas domini volentis, nuda oluntas domini* », ecc., accennano, per mio avviso, piuttosto all'ele-nento della nuda volontà individuale in genere in antitesi alla forma ivile, che non alla volontà del tradente in antitesi alla volontà dell'ac-ipiente.

Estranei o di poco rilievo sembrano altri testi citati dal Perozzi: Gai., II, 20; Paul., fr. 8, D., 15, 1; Ulp., fr. 1, § 1, D., 1, 18; Gai.. fr. 9, 6, D., 41, 1.

(1) Gai., I, 119; II, 24.

(2) Gai., I, 119.

(3) Fr. Vat., 50.

(4) Gai., II, 24; IV, 16.

cui l'apprensione violenta, a mano armata, era il miglior modo d'acquisto; e noi vedemmo che lo stesso simbolo si volle scoprire nelle parole *mancipare*, *mancipatio*. Se non che, come ne' vocaboli suddetti, che derivano da *mancipium*, non già direttamente da *manu capere*, così nelle parole del *mancipio accipiens* il simbolo è per lo meno ricostruito con isforzo; e quella dichiarazione energica, messa in bocca all'accipiente dinanzi al Pretore o dinanzi ai *cives romani* (testes, libripens), ha una ragione, a nostro avviso, più intima, psicologica e giuridica. Una dichiarazione energica, ben lungi dall'indicare che tal fatto è riconosciuto, che tal diritto è ben fondato, rivela al contrario che il fatto, il diritto è dubbio o per lo meno obbietto di contestazione; e nella sua stessa forma logica (« hanc *ego* rem meam esse *aio* » in luogo di « haec res mea est ») tale dichiarazione presuppone una contestazione. Accade questa nella *rei vindicatio*, in cui pure la formula generale pronunciata dal vindicante è identica a quella pronunciata dal *mancipio accipiens* nella mancipazione. Ma eziandio nella *mancipatio* o nella *in iure cessio* si può supporre come possibile una contestazione. Tal era il caso, ad es., se l'acquirente non fosse cittadino romano. E in tale ipotesi da qual parte avrebbe potuto sorgere l'opposizione? Non dalla parte del proprietario antico, il quale per conto suo è già d'accordo anticipatamente così nella *mancipatio* come nella *in iure cessio*; avrebbe dovuto sorgere quindi dalla parte di estranei. Ma il Pretore, o i *cives romani* incaricati di proteggere l'atto, ne assumono la garentia, l'alienante nella *mancipatio* resta obbligato per la sua eventuale invalidità. E ciò spiega perchè il proprietario antico, alienante, che nella tradizione ha la parte più attiva, rimanga nella mancipazione o nella cessione in tribunale completamente passivo, e la dichiarazione sia messa in bocca al proprietario nuovo; si tratta appunto di contestare o stabilire il diritto di questo nuovo proprietario. La mancipazione e la cessione in tribunale sono forme *preordinate dal gruppo sociale* per la tutela della certezza dei

dominî e de' proprî diritti, e, come tali, limitano la libera volontà del proprietario.

Ma l'autorità del gruppo sociale si rivela pure nella usucapione. Ivi la volontà del proprietario antico non è nemmen presupposta, ma soltanto presunta (« vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi ») (1), e il gruppo sociale, in base al fatto che stabilisce la presunzione, aliena il fondo « bono publico — ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent » (2).

Ma qual è il gruppo, che esercita questo diritto? Senza dubbio la *civitas*, lo Stato, nell'età repubblicana e imperiale; e si può ritenere facilmente che la *in iure cessio* ebbe sempre carattere di forma cittadina. È bensì probabile che la medesima sia più antica delle XII Tavole, le quali la confermarono; ma nondimeno, sia per la natura sua, che rivela una amministrazione civile della giustizia, sia per essere modo comune d'acquisto delle *res mancipi* e delle *res nec mancipi*, il che palesa l'inizio di un'assimilazione delle due categorie di obbietti, essa pare esclusivamente propria ai Romani e creata dallo Stato romano.

Invece lo stesso non si può ritenere per la *mancipatio*. Certamente nel diritto classico la garentia sociale rappresentata dalla *mancipatio* non si dee riporre se non nello Stato: nè è assolutamente inverosimile l'opinione oggi combattuta, che il numero dei cinque *testes cives romani* (classici testes) (3) fosse stabilito in corrispondenza alle cinque classi di Servio Tullio. Ma se pure ciò avvenne, fu l'effetto di uno sviluppo ulteriore o di una riforma cosciente per collegare la *mancipatio* all'organizzazione dello Stato. Poichè in sè la *mancipatio*, comune a Romani e Latini, si presenta come un istituto anteriore alla formazione dello Stato romano. Già vedemmo ne' capitoli precedenti come in tutta

---

(1) Fr. 28 pr., D., 50, 16.
(2) Gai., Fr. 1, D., 41, 3. Cfr. Gai., II, 43, e fr. 5, D., 41, 10.
(3) Fest., v. *Classici*.

cotesta materia, che fa centro al *mancipium*, noi siamo di fronte a un sistema di diritto antichissimo, comune a tutta la razza latina. Ma v'hanno anche altri argomenti più speciali per la *mancipatio*.

Un primo indizio ne fornisce la denominazione prisca della medesima (mancipium), corrispondente al diritto di proprietà più antico e al patrimonio familiare. Più grave indizio è quello che si trae dalla struttura stessa della mancipazione. Nella mancipazione l'antica unione degli elementi reali e degli elementi obbligatorî ha lasciato traccia di sè, ed inoltre la garentia sociale è assunta non già direttamente, ma solo virtualmente dallo Stato e realizzata in una maniera, per una società e uno Stato civile, molto imperfetta: tacendo degli indizî estrinseci che si traggono dalla storia della moneta e del commercio antichissimo. Infine la mancipazione non presenta che una causa sola di alienazione, la compra-vendita, e solo mediante una finzione fu estesa in seguito ai negozi a titolo gratuito: e si converrà facilmente che in una età primitiva, quando il patrimonio stabile, costituito dalle *res mancipi*, è ancora fortemente vincolato alla famiglia, la sola causa di alienazione concepibile relativamente a questi obbietti, la sola permessa al capo-casa dai *mores* doveva riposare in un contratto a titolo oneroso.

Ora, se l'esistenza della *mancipatio* o del *mancipium* è anteriore alla formazione dello Stato romano, la sua funzione di garentia sociale doveva esercitarsi rispetto a un altro gruppo sociale più antico, rappresentato dalle comunità gentilizie del Lazio.

Pertanto, rispetto ai modi di alienazione, l'antitesi delle *res m.* e *nec m.* appare nell'antichissimo diritto di Roma o del Lazio rappresentata nettamente nell'antitesi della *mancipatio* (*mancipium*) e della *traditio*. L'alienazione di quegli oggetti, costituenti il vero e proprio patrimonio familiare (res mancipi), si compieva mediante un negozio giuridico solenne, la *mancipatio*, dinanzi a membri di pien diritto

della comunità, costituiti difensori dell'atto e in certo modo rappresentanti del supremo gruppo sociale (1).

3. Determinata la natura intima e generale dei modi di alienazione *ex iure civili* o *ex iure gentium*, esaminiamo ora più davvicino l'efficacia giuridica della *mancipatio* e della *traditio*, come i due modi di alienazione più specialmente e anticamente proprî, l'uno delle *res m.*, l'altro delle *res nec m.*

Ciascuno de' due modi, applicato agli obbietti della propria categoria, opera nel diritto classico il trasferimento del dominio *ex iure Quiritium*. Lasciamo per ora di vedere se lo stesso avvenga nel diritto più antico: poichè la questione va trattata, sviluppando la nostra distinzione rispetto alla natura e alla tutela del diritto di proprietà. Ma quale effetto aveva la *traditio* applicata alle *res m.*, la *mancipatio* applicata alle *res nec m.*?

---

(1) Sul concetto della mancipazione originaria v'ha una fondamentale divergenza fra gli scrittori. Ritengono alcuni che la mancipazione, fosse, anche nella origine sua, un atto formale per il trasferimento della proprietà, foggiato ad immagine della compra-vendita (imaginaria venditio), e non siavi momento in cui si possa concepire come la compra-vendita effettiva.

Tali il Puchta (*Inst.*, II, § 238 k-p), il Deiters (*De manc. indole et ambitu*, § 31, pag. 25-26), il Leist (*Mancipation und Eigenthumstradition*, c. VI, § 29, pag. 185, 191). Singolare per la sua oscillazione è la teoria del Keller (*Inst.*): « La mancipazione originaria era la vendita completa co' suoi elementi reali e personali » (pag. 33): però « il pagamento effettivo non si adatta punto a una solennità » (pag. 32).

La teoria del Puchta è tratta all'estremo dal Ihering con una opinione radicale. Secondo il Ihering la mancipazione fu in origine un trasferimento astratto della proprietà, non contenente in niun modo una vendita; ma poichè le XII Tavole ebbero stabilito il principio che nella vendita doveva esser pagato il prezzo per aversi trapasso di proprietà, per soddisfare a questa prescrizione, fu introdotto nella mancipazione il pagamento immaginario (Ihering, *Esprit*, II, 2, pag. 223).

Ma la maggior parte degli scrittori sono di opinione recisamente contraria e distinguono nello sviluppo storico della mancipazione due momenti: il primo, in cui la mancipazione sarebbe stata effettivamente lo stesso contratto di vendita; e il secondo, in cui sarebbe divenuta

Per quel che concerne la tradizione di cose *mancipi* la risposta è ben semplice così nel diritto storico come nell'antichissimo diritto.

La tradizione « propria est alienatio rerum nec mancipi »; e che per la tradizione la regola ulpianea esprima non già una mera necessità delle *res nec m.*, ma una proprietà loro esclusiva non si contrasta, nè si potrebbe contrastare. La tradizione, applicata alle *res m.*, non produce già effetto come modo di acquisto della proprietà, ma opera solo una trasmissione del possesso. Questo possesso, sulla fine della repubblica, valse una protezione assoluta da parte del Pretore e assunse la figura giuridica di un vero dominio, in opposizione al dominio *ex iure Quiritium*. Ma in un tempo in cui il diritto pretorio non è sorto ancora a temperare o paralizzare gli effetti del diritto civile, è naturale che la tradizione di una *res mancipi* fosse assolutamente nulla. Gaio rammenta ancora questo tempo con precisione: Una volta — egli dice — anche presso i Romani, come ora presso i peregrini, la proprietà era una sola: « aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut

---

un atto (o un contratto) immaginario o simbolico, separato dal contratto proprio di compra-vendita.

[È straordinariamente diffusa e sempre risorgente per la suggestione dell'apparente etimologia l'opinione che la *mancipatio* fosse in origine applicabile alle sole cose mobili. A parte il dubbio valore dell'etimologia (v. principalmente pag. 86-87, n. 1), questa teoria pone totalmente in non cale il simbolismo degli antichi, il significato di *manus* e l'*ager manu captus*].

Se non che nemmeno questa divergenza altera la nostra teoria sulla funzione della *mancipatio* e la relazione tra la *mancipatio* e le *res mancipi*. Concepita pure la *mancipatio*, nella sua struttura originaria, come la compra-vendita effettiva, certamente è dessa una compra-vendita formale ed insieme un trasferimento della proprietà (poichè vanno uniti gli elementi reali ed obbligatorî) solenne, sotto la garentia dello Stato o della Comunità e proprio delle *res mancipi*.

Per una completa intelligenza della *mancipatio* nella sua natura, nella sua origine, nel suo sviluppo storico, v. BECHMANN, *Gesch. des Kaufs in röm. R.*, Erlangen 1876, p. I.

non intellegebatur dominus » (1); e ciò che segue fa palese come egli intenda riferirsi col secondo comma, per lo meno in linea principale, alle *res m.* non alienate nelle forme civili.

Più grave è il problema relativo alla *mancipatio* di una *res nec mancipi.*

Per lungo tempo la maggior parte degli scrittori fu di questa opinione: che la mancipazione non fosse giuridicamente applicabile alle *res nec mancipi.* Non mancò tuttavia anche per lo passato chi volle sostenere che la mancipazione fosse applicabile facoltativamente o almeno venisse estesa in progresso di tempo anche alle *res nec mancipi.* Di tale opinione furono lo Schulting, sull'autorità di Giano della Costa e Federico Brummer, il Trekell, il Meermann, e, a noi più vicini, il Hugo, il Glück, lo Zachariae Misenense, il Rheinardt e lo Schilling (2).

Ma codesta opinione affermativa trovò ai nostri giorni un grande fautore, il Voigt, per l'autorità del quale divenne l'opinione dominante: e gli scrittori, che in Italia s'interessarono del nostro argomento, seguirono decisamente il Voigt (3).

---

(1) Gai., II, 40.

(2) Schulting, *Notae ad Ulp.*, XIX. — Trekell, op. cit., pag. 72. — Meermann, op. cit., pag. 60. — Hugo, op. cit., § 163. — Glück, op. cit., pag. 48-68. — Zachariae (Th. Max), op. cit., II, c. VII, nota 64. — Rheinardt, *Die Usucapio und praescr. des röm R.*, Stuttg. 1832, pag. 28-32. — Schilling, *Inst.*, II, pag. 512. — *Bemerk.*, pag. 161.

(3) Voigt, *Die XII Taf.*, § 84, n. 7. — Cogliolo, l. c. — A. Longo, *Arch. giur.*, vol. XXXVI, 1886, pag. 207. — *Mancipatio*, pag. 97. — Ferrini, *Recensione alla « Mancipatio » di A. Longo* (*Archivio giur.*, 1887, vol. XXXVIII). — Il Fadda, *Lez. di dir. rom.*, 1886, pag. 57 e segg., ritiene che la *mancipatio* dapprima limitata alle *res mancipi* fosse poi estesa ad altre cose [Nella *Teoria della proprietà*, Lez. raccolte da G. Cugusi, Napoli 1907, pag. 277-278, il Fadda esprime chiaramente l'avviso, che è pure il nostro (v. in seguito), che la *mancipatio* potesse applicarsi alle *res nec mancipi*, in quanto era utile a procurare la prova solenne della volontà delle parti, ma l'efficacia giuridica non poteva derivare se non dalla tradizione che vi era congiunta].

Infine è questo pure il concetto del Maynz e di un autore veramente grave nella materia della *mancipatio*, il Bechmann (1).

Noi reputiamo assolutamente falsa questa teoria. Vediamo anzitutto di sgombrare il campo degli argomenti addotti in sua difesa. Sarebbe ozioso ripetere e discutere tutti quanti gli argomenti dei nostri antichi, poichè molti appartengono a un arsenale d'armi, a cui la scoperta di nuove fonti e il progresso della scienza hanno tolta ogni forza. Noi pertanto esporremo e discuteremo le fonti e gli argomenti escogitati, o, meglio, rinnovati dal Voigt e dai moderni sostenitori, soggiungendo infine le fonti e gli argomenti decisivi contro questa teoria.

A. Argomenti generali.

I. Gai., II, 204: « heres (rem), si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, *sufficit* si tradiderit ».

Nelle *res nec mancipi* la tradizione *basta;* dunque, dicono i sostenitori dell'opinione dominante, non è esclusa la mancipazione. Ciascun vede il carattere cavilloso di questo argomento. Anche a voler attribuire al *sufficit* un significato così aberrante dal pensiero del giureconsulto (2), la parola si può ben riporre in relazione coll'applicabilità della *in iure cessio*, comune forma di alienazione delle *res mancipi* e *nec mancipi*.

---

(1) Maynz, l. c. — Bechmann, *Kauf.*, I, pag. 320.

(2) [Gaio vuol significare che l'erede di fronte al legatario *per damn.* nelle *res mancipi* è tenuto a compiere due atti: la traslazione del dominio nelle forme solenni e la rimessa della cosa, cioè del possesso; nelle *res nec m.* invece *basta* un sol atto, perchè la trasmissione del possesso è insieme traslazione del dominio. Il testo potrebbe piuttosto addursi a dimostrare che le forme civili non contengono e non attuano di per se stesse anche la trasmissione del possesso: cfr. Gai., IV, 131 a.].

Quanto a Gai., II, 19: « — res nec mancipi nuda traditione abalienari possunt », il passo è una ipotetica ricostruzione del Voigt e fu poi letto dallo Studemund così: « — res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt ».

II. Ulp., XIX, 6: « Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt et *non plures quam quot manu capi possunt.* Immobiles autem etiam plures simul et quae diversis locis sunt mancipari possunt ».

È questo, dai tempi del Meermann, uno dei cardini della opinione comune. Si dice: Di tutte le *res mancipi* mobili non ve n'ha che si prestino ad essere tenute in mano in quantità maggiore di una: Ulpiano doveva quindi riferirsi alle *res nec mancipi.* Ma l'argomento « è ben tanto sottile. — Certo che il trapassar dentro è leggero ». Intanto *manu capi* non vuol già significare *manu contineri.* Se non che, in maniera più recisa, dirò che il passo di Ulpiano non si può assolutamente interpretare con questa letterale sottigliezza. Se il testo dovesse riferirsi ad ogni sorta di cose, la distinzione non sarebbe fatta tra cose mobili e immobili, ma, come per la *r. v.*, tra « res, quae sine incommodo adferri adducive possent » e « res, quae sine incommodo non possent adferri » (Gai., IV, 16-17), poichè v'ha pure delle cose mobili, come un bastimento, una colonna, ecc., che sarà ben malagevole ugualmente trasportare nel luogo del contratto come recare in giudizio. Adunque, secondo ogni probabilità, la distinzione è fatta tra i fondi e le *res mancipi* mobili, e corrisponde a quella medesima di Gaio nello stesso proposito: « In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt: adeo quidem ut eum (qui) mancipio accipit, adprehendere id ipsum quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: praedia vero absentia solent mancipari (Gai., I, 121) ».

III. Gai., II, 59: « — qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit » — III, 201: « debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit ».

Dai due luoghi citati si trae la possibilità di una *mancipatio fiduciae causa* di *res nec mancipi;* poichè negare che

la *fiducia* potesse applicarsi alle *res mancipi* sarebbe (si dice) una vera esorbitanza; onde l' istituto della *fiducia* sembra la più precisa e fondata testimonianza a favore dell'opinione dominante.

Nondimeno in primo luogo, considerando la pratica della vita, a noi non pare esorbitante escludere le *res nec mancipi* dalla *fiducia* (1): nelle fonti e ne' monumenti noi non troviamo altri esempi di *fiducia* se non relativi a immobili e schiavi, e anche presso noi la garanzia ipotecaria è ristretta ai soli immobili. Ma, concessa pure l'esorbitanza, nelle *res nec mancipi* la *fiducia* (è il testo stesso che lo dice) poteva ben contrarsi nella forma della *in iure cessio*.

B. Argomenti speciali: Mancipazioni di *res nec mancipi*.

I. *Cives romani*.

I *cives romani* sono forse *res nec mancipi?* Il Longo A. conviene che « *l'uomo libero potrà piuttosto assimilarsi alle res mancipii* »; e vedemmo pure che autori gravi, come il Hugo e il Puchta, aggiungono alle *res mancipi* le persone libere *in potestate*, *manu*, *mancipio*, mentre il Huschke e il Plange creano la classe delle *personae mancipi*. Ma è inutile nel caso presente studiar sottili analogie. Il *liberum caput* nel diritto classico non è nè *res mancipi*, nè *res nec mancipi*. Esso non è affatto obbietto di proprietà o in genere di rapporti patrimoniali; non può quindi essere tradito o mancipato coll'effetto giuridico della *traditio* o della *mancipatio*. Per conseguenza codesta mancipazione, che non ha luogo su obbietti capaci di proprietà, nè può avere per effetto l'acquisto della proprietà, ma che pure ha per conseguenza l'acquisto di un diritto speciale di *mancipium*, sarà ormai bene un'anomalia, un'applicazione singolare della mancipazione, in cui la medesima si presenta come forma astratta mutuata ad altro scopo, ma non ha che fare coll' antitesi

---

(1) [V. ora in questo senso BONFANTE, *Ist.*, § 157 in fine (implicitamente) e PEROZZI, *Ist.*, II, § 160 in principio, ove esplicitamente la *fiducia* è ristretta alle *res mancipi*].

della *mancipatio* e della *traditio* come due modi d'acquisto della proprietà in distinte sfere di obbietti.

Di siffatta anomalia si potrà invece, ove sia possibile, chiedere spiegazione alla storia: e noi ne abbiamo dato innanzi una tale, che non la costituirebbe come eccezione nell'età più antica. Il potere di *mancipium* sarebbe stato in antico una stessa cosa col *mancipium* nel senso di proprietà e i *filii* o *liberi* soggetti al *paterfamilias* diventerebbero *servi* e quindi *res mancipi* in virtù dell'alienazione compiuta dalla volontà signorile del *paterfamilias* (1). La concezione vera, a mio avviso, sulla natura dell'organismo familiare romano e conseguentemente sull'essenza della *patria potestas* rende una simile spiegazione evidente (2).

II. *Familia* (*pecuniaque*).

È questo uno di quei tali argomenti misteriosi, che si recano in campo quasi per impensierire, ma non spiegano nulla, perchè hanno d'uopo piuttosto essi stessi d'essere chiariti e spiegati.

Se non che la risposta diretta è molto semplice e conforme alla precedente. Siamo in presenza di un'applicazione affatto anormale della mancipazione, di un uso della mancipazione come forma, che non ha che fare coll'antitesi della *mancipatio* e della *traditio* come atti o contratti d'acquisto. La mancipazione della *familia*, ben più che trasferire la proprietà di *res mancipi* o *res nec mancipi*, in primo luogo ha per iscopo di recare in atto una successione universale — il quale effetto non potrebbe avere nessun negozio d'acquisto a titolo particolare, non che la *mancipatio* — in secondo luogo, conseguentemente, essa trasmette e servitù urbane e usufrutto, vale a dire obbietti, a cui nè mancipazione, nè tradizione singolarmente potrebbero essere applicabili; tacendo dei rapporti obbligatorî attivi e passivi.

---

(1) Cfr. *sopra*, pag. 107-108 [Il punto si può ritenere ormai fuori di contestazione].

(2) [V. *Scritti giuridici*, I, pag. 1 e segg.].

Ma v'ha di più. Questa mancipazione è qualche cosa di più eccezionale che la precedente. Essa non solamente è una mera forma, cioè nella sostanza e negli effetti essenzialmente diversa dall'atto reale della mancipazione; dessa, ne' suoi stessi elementi formali, ha subìto profonde alterazioni. La *mancipatio*, come atto sostanziale, non comporta nè un *dies* nè una *condicio*, ma contiene una trasmissione attuale (1); la *mancipatio familiae*, come forma di testamento, è necessariamente una mancipazione eventuale. La formola della *mancipatio* esprime rigorosamente la compera e l'acquisto della proprietà sulla cosa: nella *mancipatio familiae* la formola è stranamente alterata per l'inserzione di una parte intermedia, che ne distrugge completamente il significato genuino. La sostanza della mancipazione è nella dichiarazione profferita dal compratore, mentre la *lex mancipii*, imposta dal venditore (2), contiene solo disposizioni accessorie; qui, nella *mancipatio familiae*, la dichiarazione del *familiae emptor* è una forma vuota, mentre la sostanza dell'atto è nella *nuncupatio*, ossia nella *lex mancipii*, soggiunta dal testatore (3). L'acquirente nella *mancipatio* è il *mancipio accipiens*; qui il *mancipio accipiens* interviene solo *dicis causa*.

Infine, l'atto stesso è dimandato dai giureconsulti *testamentum per aes et libram*, *per mancipationem imaginariam*, e il giurista Gallo Elio lo novera come una sottospecie del

---

(1) Fr. 77, D., 50, 17. — Fr. Vat., 329.

(2) L'opinione del Longo A. (*Mancipatio*, c. X), che la *lex mancipii* fosse profferita dal *mancipio accipiens*, è assolutamente inaccettabile per ragioni e testimonianze troppo evidenti (Cfr. Cic., *De Or.*, I, 39, 178; Hor., *Ep.*, II, 2, 18). L'A. si fonda sull'assoluta unilateralità dell'atto. Ma, oltrechè un argomento di tal natura non è argomento buono, nè ha valore contro testimonianze dirette, la ragione, secondo il nostro concetto, di cotesta unilateralità (e senza scoprirne la ragione nè la si può estendere, nè se ne può indurre nulla) la restringe alla dichiarazione dell'acquisto da parte del *mancipio accipiens*.

(3) Altra prova, se pur vuolsi, che la *lex mancipii* era profferita dal *mancipio dans*. — Cfr. su tutto questo: Gai., II, 101-108. — Ulp., XX 9

Nexum nel senso generico (1); sicchè tutto il negozio, nell'età classica, vien quasi concepito come un'applicazione della forma generica del *gerere per aes et libram.*

Ed anche nell'argomento della *mancipatio familiae*, per renderci conto di un'applicazione così anomala, converrebbe chiedere la spiegazione alla storia. Ma la questione è molto oscura e troppo connessa con una infinità di altre questioni per poter essere risoluta in una trattazione incidentale.

Tuttavia, siccome da taluni indizî di codesta istoria si potrebbe indurre a prima vista che l'argomentazione del Voigt valga per un momento anteriore, è necessario entrare nella questione almeno quel tanto che basti a mostrare come quegli indizî, anche intesi, come noi li intendiamo, nel senso che parrebbe più favorevole alla opinione del Voigt, debbano condurre necessariamente a risultati affatto diversi.

Senza entrare in una discussione minuta, dirò che io non convengo con la dottrina comune in Germania che la *mancipatio familiae*, sin dall'origine, fosse un vero testamento, foggiato persino, come dichiara il Köppen, sull'antico testamento comiziale. Con la dottrina francese e col Maine io ritengo che si trattasse in origine di vera e propria alienazione per atto tra vivi.

Come nel caso precedente, è a credere che la mancipazione fosse anche qui, nella sua prima applicazione, un vero atto sostanziale, non già una forma. Le circostanze in cui ricorrevasi a questo espediente (si subita morte urguebatur: Gai., II, 102), il fatto di scegliere un amico fidato, il quale amico non è veramente erede, ma *heredis loco* (Gai., II, 103, 105), la forma recisa con cui Gaio parla di mancipazione per l'antico diritto, il carattere di preghiera (*rogabat:* Gai., II, 102),

---

(1) Fest., *v. Nexum.* — Caratteristica è l'espressione *mancipatio imaginaria*, usata da Ulpiano. Essa non è equivalente a *venditio imaginaria*, come ordinariamente s'interpreta; ma denota che questo atto ha ormai solamente la forma e l'apparenza di una *mancipatio*, nella stessa guisa che la *mancipatio* alla sua volta ha ormai solamente la forma e l'apparenza di una *venditio.*

che hanno le disposizioni effettive del mancipante, la mancanza di un carattere sacro nell'atto — mentre i *sacra* erano un elemento grave nella successione ereditaria — tutto mi porta a credere che l'atto originario dovesse operare veramente una trasmissione attuale di beni. Nell'angoscia di morire intestato, ogni buon romano doveva reputare miglior partito di trasmettere le proprie sostanze all'amico più caro, commettendo alla sua fede l'esecuzione delle proprie volontà: è questo uno spediente che ricorre spesso nella storia del diritto. Più tardi questa mancipazione sarebbe divenuta un testamento, basandosi, pare, la sua legittimità sopra un testo delle XII Tavole: « Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto » (1).

E con questo sembra che noi giungiamo a convenire, graziosamente, col Voigt. Se non che — qui è la questione grave di diritto — ***non è assolutamente possibile*** che l'atto della mancipazione potesse operare semplicemente e direttamente un'alienazione del patrimonio come un complesso organico di obbietti, o, altrimenti, che la mancipazione, modo d'acquisto a titolo particolare, potesse recare in atto una successione universale. Per diritto romano una successione universale non può aver luogo che per morte dell'autore e per *capitis deminutio* (2): nella stessa guisa che la successione in una sovranità politica, dove questa sia ereditaria, può aver luogo solo per la morte del precedente sovrano e per la sua abdicazione o, più esattamente e genericamente, per l'assoggettamento suo a un'altra sovranità: tale similitudine che nel concetto nostro della famiglia e della successione è qualche cosa più che una pura similitudine (3).

(1) Cic., *De Or.*, I, 57, 245.

(2) Non fa eccezione, per il diritto antegiustinianeo, la *bonorum venditio*, giacchè è noto che « *ipso iure* » il *bonorum emptor* non acquista nè debiti nè crediti, ma solo per via di finzioni e rimedî (Cfr. Gai., III, 81; IV, 35).

(3) [Così testualmente nel 1888. Simili concetti sono stati poi svolti in una serie di scritti sull'*hereditas:* v. *Scritti giuridici*, vol. I, in ispecie pag. 122 e segg., 208 e segg.].

Una apparente contraddizione, che è invece una bella conferma del fatto, interessantissima per la evidente analogia con la questione che ci occupa, abbiamo nella *in iure cessio hereditatis*. Gaio ci descrive che effetto avesse la *in iure cessio hereditatis*. Se l'erede legittimo cede l'eredità *innanzi all'adizione*, « *proinde fit heres is cui in iure ceditur, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* »; e per vero egli, in questo caso, non avendo ancora acquistato l'eredità, non trasmette i beni all'acquirente, bensì un obbietto o un diritto incorporale, che si può trasmettere mediante la *in iure cessio*: il *ius heredis*. Ma se l'erede legittimo cede l'eredità *dopo l'adizione*, egli non può effettuare mediante la *in iure cessio* una trasmissione dei beni ormai suoi a titolo universale. Che segue allora? Conseguenze singolarissime, ma altrettanto logiche. L'erede legittimo *heres permanet* e rimane obbligato ai creditori: i debiti periscono. Che cosa passa all'acquirente? I *corpora hereditatis*, cioè tutti quegli obbietti e quei soli obbietti, che mediante la *in iure cessio*, formà comune di alienazione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, potevano essere trasmessi, e passano appunto come se gli venissero trasmessi singolarmente: « *proinde — ac si ei singula in iure cessa fuissent* ». Rispetto all'*heres suus*, che non ha bisogno di adizione, che a uno stesso istante assume la qualità di erede ed è investito dei beni, v'ha una controversia naturalissima tra le due scuole. I Sabiniani dicono che la *in iure cessio* non ha veruna efficacia; i Proculeiani, invece, che essa ha l'efficacia della *in iure cessio* dell'erede legittimo *post aditam hereditatem* (1).

Ma, ciò che è notevole, tutto questo non si può operare mediante la mancipazione, benchè l'*hereditas* in fondo non sia cosa diversa della *familia*. La cosa si spiega naturalmente coll'impossibilità di una applicazione della *mancipatio* alle *res nec mancipi*. Non si può trasmettere il diritto innanzi all'adizione, perchè questo è cosa incorporale e

(1) Gai., II, 34-37; III, 87. — Similmente in Ulp., XIX, 13-15.

quindi *res nec mancipi;* non si può trasmettere dopo l'adizione il complesso dei *corpora hereditatis* « *proinde ac si singula mancipentur* » perchè tra questi *corpora* vi sono *res nec mancipi*, le quali appunto non potrebbero essere mancipate singolarmente.

Ora, non potendosi ammettere una *mancipatio familiae*, nel senso discusso, e volendo pur mantenere che nel diritto più antico l'atto fosse una reale mancipazione, non restano che due ipotesi: o supporre, come si è pensato, che avvenisse una *mancipatio* della persona, e il patrimonio passava naturalmente colla persona; o supporre, come io credo, che avvenisse una mancipazione materiale degli obbietti della *familia*, intesa come il complesso delle *res mancipi*, mentre gli obbietti costituenti la *pecunia* si sarebbero semplicemente traditi, ovvero, come si soleva, sarebbero venuti quale accessorio nella mancipazione delle cose principali.

Checchè sia di ciò, può dirsi, in conclusione, che se una mancipazione del patrimonio in sè fosse stata ammessa in antico, avremmo due conseguenze egualmente assurde: in primo luogo, che una successione universale fosse effettuata per un modo di acquisto particolare: in secondo luogo, che un atto giuridico un tempo efficace sarebbe divenuto appresso una impossibilità giuridica, senza che se ne possa assegnare la ragione.

III. *Hereditas* (nella restituzione del fedecommesso universale da parte dell'erede fiduciario al fedecommissario: Gai., II, 252; Theoph., *Par.*, II, 23, 3).

Questo articolo sarebbe una singolarissima eccezione, anche per un altro riguardo, che dell'eredità è detto esplicitamente che essa non è mai cosa mancipabile (1).

---

(1) Gai., II, 34: « Hereditas in iure cessionem tantum recipit ». — Veggasi poi come dal confronto col capo precedente, in cui Gaio adopera per l'usufrutto la stessa frase « Ususfructus in iure cessionem tantum recipit (Gai., II, 30) » scaturisca limpidamente che la formola ha riguardo più all'esclusione della *mancipatio* che non della *traditio* Il giureconsulto, volendo rimuovere la difficoltà che si potrebbe affac

Se non che è agevole dissipare l'equivoco. Gaio, e con-
ordemente Teofilo, ricordano che un tempo soleva l'eredità,
ıella restituzione fedecommissaria, « nummo uno — dicis
ausa venire » dall'erede fiduciario all'erede fedecommis-
ario, il quale per conseguenza veniva ad essere « loco
mptoris ». Ora la formola « nummo uno venire » non è
quivalente all'altra « nummo uno mancipari »: la *venditio*
ummo uno, come poteva essere elemento di una *mancipatio*,
osì poteva costiture un negozio non formale di vendita:
questo avveniva naturalmente quando l'obbietto non fosse
ıancipabile. Nè sono rari i casi di semplici vendite o anche
ocazioni *nummo uno*. Citiamo ad esempio: la *venditio*
onorum HS nummo uno (1), l'impresa di opere pubbliche
ssunta gratuitamente mediante una *locatio nummo uno* (2),
a *venditio nummo uno* dell'*ager vectigalis* (3), la *venditio o*
ocatio nummo uno dell'usufrutto in un caso singolarissimo (4).

Ciò che invece è osservabile nel passo citato di Gaio e
ıe' successivi paragrafi è tuttavia l'impossibilità giuridica

---

iare, la detrazione dell'usufrutto nella mancipazione della proprietà,
ıa cura di soggiungere: « Quod autem diximus usumfructum in iure
essionem tantum recipere, *non est temere dictum*, quamvis etiam per
ıancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate
letrahi potest: *non enim ipse usus fructus mancipatur*, sed cum in man-
ipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium usus fructus, apud
lium proprietas sit (Gai., II, 33) ». — Cfr. anche, su questo, Paul.,
Fr. Vat., 47: « Per mancipationem deduci usufructus potest, non etiam
ransferri ».

(1) Cic., *Pro Rab.*, 17, 45.

(2) Val. Max., V, 2, 10.

(3) *Lex Agraria*, a. 111, lin. 66.

(4) Pomp., fr. 66, D., 23, 3. — Altro caso: Ulp., fr. 46, D., 19, 2. — Forse
ın nuovo esempio di vendita semplice *nummo uno* è l'*alienatio ultra*
Tiberim: cfr. Liv., *Ep.*, 1, 55: « sestertio nummo uno *veniit* ». Lo spe-
liente del *HS nummo uno*, reso possibile dal fatto che per diritto
omano fino ai tempi più tardi la validità della vendita è indipendente
lalla relazione tra il valore e il prezzo della merce, è generalissimo
si presenta persino come somma della condanna in un *iudicium de*
noribus (Plut., *Mar.*, 38; Val. Max., VIII, 2, 3), appunto perchè anche
ıui la legge non pone un *minimum* come pena della violazione.

di operare, anche con questa vendita, una successione universale e gli sforzi della giurisprudenza e della legislazione per conseguire lo stesso effetto pratico.

IV. *Columbaria*, *ollaria*, *ollae cinerariae*.

L'uso di siffatte mancipazioni è giudicato « indiscutibilmente provato e di poderosa rilevanza ». Cominciamo dal notare che se v'ha cosa in ciò di qualche rilevanza sarebbe l'alienazione stessa, non già la mancipazione, perchè i sepolcri come cose religiose dovrebbero essere incommerciabili (1). È probabile che le alienazioni a noi note avessero per oggetto sepolcri vuoti, non ancora religiosi.

Una volta ammessa l'alienazione, i sepolcri *in solo italico* dovevano (come annota semplicemente il Böcking) considerarsi come *res mancipi*, non già come *res nec mancipi*. Così dovrebbe intendersi, ragionevolmente, anche se un esempio solo si potesse recare di mancipazione di *ollae cinerariae*, poichè sarebbe assurdo ammettere una mancipazione di pignatte, con esclusione del loculo in cui sono riposte. Ma di una simile mancipazione neppure v'ha esempio, salvo (come notammo nella discussione filologica) in una restituzione del Mommsen, in cui non solamente la concordia dei casi analoghi, ma pur lo spazio vacuo dell'iscrizione rendono più probabile la restituzione di *ol* in *ollaria* meglio che in *ollas* (2).

V. *Danaro contante* (nella *dotis datio*): Iuv. 10, 335: « ritu decies centena dabuntur antiquo ».

Qui non si parla di *mancipatio*, ma di un *ritus antiquus* nella *dotis datio*. In questo argomento il Voigt rimane solo; altri prudentemente conviene che l'espressione *ritu antiquo*

---

(1) Sembra però che l'incommerciabilità dei sepolcri fosse intesa nella pratica in un modo abbastanza libero. I sepolcri si usano vendere, donare, dare a fiducia, a pegno, ecc. (V. *Iura sepulchr.* in Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes iur. rom. ant.*) — Vedi anche: fr. 6, § 1, D., 11, 7). — Il *ius sepulchri* così in diritto romano, come in diritto moderno, è tema assai grave.

(2) Cfr. pag. 78, nota 1, lett. C.

« si presta a troppe diverse significazioni per potervi attribuire con sicurezza quella di mancipio »: e certo, aggiungiamo, la interpretazione più immaginosa e meno giuridica a un tempo è quella che vuol dedurre dal passo di Giovenale la possibilità della vendita di un milione.

VI. *Statue.*

Tac., *Ann.*, I, 83: « Falanio obiiciebat accusator — quod venditis hortis statuam Augusti simul mancipasset ».

Meraviglia come per ispiegare il passo si sia fatto ricorso all'amor di brevità. Il caso è semplicissimo. Falanio nell'istromento di mancipazione de' suoi giardini aveva compreso quale accessorio e ornamento della cosa principale anche la statua di Augusto (1).

Così dovè compiersi il negozio. Ma del resto Tacito stesso poco più sotto mette in bocca a Tiberio la risposta: « nec contra religiones fieri, quod effigies eius, ut alia numinum simulacra venditionibus hortorum et domuum *accedant* ».

VII. *Gioielli.*

Plin., *Nat. Hist.*, IX, 35, 124: « Et hoc (gli *uniones* o grandi *margaritae*) tamen aeternae prope possessionis est: sequitur heredem, in mancipatum venit, ut praedium aliquod ».

Di tutti gli argomenti recati in favore dell'opinione dominante questo primo luogo di Plinio si potrebbe dire l'unico argomento serio, se *mancipatus* significasse mancipazione, poichè sarebbe detto chiaramente che i gioielli si mancipano come i fondi. Fra i nostri vecchi giuristi, il Bynkershoek fu indotto da quest'unico passo di Plinio ad accre-

(1) *Don. Syntrophi* (Bruns-Mommsen, pag. 253-254): « hortulos Epagathianos — cum aedificio et vineis maceria clusis ita ut instructi sunt — mancipio daret ». Anche più chiaro nel caso nostro è il seguente passo di Cicerone (*Top.*, 26, 100): « feci — quod saepe liberales venditores solent, ut cum aedes fundumve vendiderint, rutis caesis receptis, concedant tamen aliquid emptori, quod ornandi causa apte et loco positum esse videatur: sic tibi nos ad id quod quasi mancipio dare debuimus ornamenta quaedam voluimus non debita accedere ».

scere il catalogo delle *res mancipi*. D'altra parte le numerose interpretazioni tentate per escludere la mancipazione furono sinora così lambiccate che, nota a ragione il Voigt, esse non fanno che sconvolgere il semplice senso delle parole: onde la miglior spiegazione era quella del Plange, che Plinio non è scrittore giuridico (1). Se non che non lambiccata ci sembra l'ultima interpretazione del Bonghi, che noi abbiamo accolto, discutendo questo passo in altro luogo (2).

PLIN., *Nat. Hist.*, IX, 35, 117: « Lolliam Paullinam — vidi smaragdis margaritisque opertam — quae summa quadringenties HS colligebat: ipsa confestim parata *mancupationem* tabulis probare. Nec dona prodigi principis fuerant, sed avitae opes, provinciarum scilicet spoliis partae ».

Questo luogo di Plinio è alquanto guasto ne' Codici, poichè la maggior parte hanno invece di *mancupationem* la lezione errata *aucupationem*. Nelle edizioni moderne si corregge variamente, leggendo ora *mancupationem*, ora *nuncupationem*: e molti giuristi, per escludere la mancipazione di perle, accettarono questa seconda lezione, interpretando il

---

(1) Cfr. HUSCHKE, *Zeitschr. für gesch. R. W.*, XII (1845), pag. 294-297. — BÖCKING, *Pand.*, § 73, n. 16. — PAGENSTECHER, *Die röm. Lehre vom Eigenthum*, II, pag. 168. — DIRKSEN, *Ueber die Manc. der Perl.* (Verm. Schr., IV). — *Erört. einig. auf die Manc. bez. Rechtsfr.* (Sell's Jahrb., II, 2). — RUDORFF, *Q. et M. Minuc. sent.*, pag. 11. — PLANGE, op. cit., pag. 46.

(2) Cfr. p. 88-89, nota 1. — In aggiunta a quanto osserviamo in quella nota si rilevi un'altra particolarità interessante, che fa palese l'insistenza di Plinio sull'idea sola della perpetuità degli *uniones* o grandi *margaritae*. Prima di giungere a queste parole egli ha raccontato come la regina Cleopatra ne abbia fuso e bevuto una splendida nel celebre banchetto offerto ad Antonio; come Clodio, il figlio del tragedo Esopo, facesse lo stesso per gustare « quid saperent margaritae »; come lo stesso Clodio « ne solus hoc sciret » ne abbia offerto a sorbire a tutti gli amici: « singulos uniones convivis absorbendos dedit ». E dopo tutto questo egli segue logicamente il suo pensiero, quasi meravigliandosi che, nonostante queste pazze dissipazioni, gli *uniones* rimangano come un possesso perpetuo nelle famiglie: Et hoc *tamen* aeternae, ecc. [V. la postilla al passo seguente].

passo di Plinio nel senso che Lollia Paolina era pronta a provare con uno strumento di compra il prezzo (nuncupatio-nuncupata pecunia). Così il Huschke e il Rein.

In Italia lo Squitti, basandosi sulla parola *tabulae*, che potrebbe meglio riferirsi a un testamento, e sul contesto generale, che accenna non ad una vendita, ma piuttosto ad una trasmissione ereditaria (avitae opes, provinciarum — spoliis partae), intende il passo così: che Lollia Paolina era pronta a provare, con un *testamentum per mancipationem*, che le sue gioie erano beni ereditari.

La spiegazione è forse più ragionevole, anche in se stessa, che non la comune interpretazione. E per vero, senza torturare affatto il testo di Plinio, appar chiaro che si presentano in quello due soggetti e due pensieri ben distinti. L'A. pensa allo sfoggio mostruoso di quei gioielli e al prezzo loro; Lollia Paolina, che quei gioielli non sono un dono del principe suo sposo « sed avitae opes »: in questo ella ripone il suo vanto e questo ella intende provare colle *tabulae* della *mancipatio*, cioè colle *tabulae testamenti;* non già l'alto prezzo, come gli avversari son costretti a supporre.

Questa l'interpretazione isolata. Ma ciò che segue corrobora questa interpretazione. L'A. alla *avitae opes* soggiunge ironicamente « provinciarum scilicet spoliis partae »; e ciò lo trae a raccontare una istoria e a seguire un corso di riflessioni melanconiche. « Hic est divitiarum exitus. Hoc fuit quare M. Lollius, *infamatus regum muneribus in toto Oriente*, interdicta amicitia a Gaio Caesare, Augusti filio, venenum biberet, ut neptis eius quadringenties HS operta spectaretur ad lucernas ».

Chi, ripensando la storia di Verre, ricorda come la rapacità dei governatori romani si esercitasse principalmente su ciò che colpiva i loro gusti sfarzosi, chi ricorda come l'Oriente fosse per gli antichi la terra benedetta delle perle e delle pietre preziose e che i *regum munera* consistevano naturalmente in quelle, può ben esser tratto egualmente a pensare che le perle che ricoprivano tutta la principessa

romana non le venissero dai mercati d'Italia, ma le derivassero dall'avolo per mezzo dei *regum munera* infami. Non erano esse precisamente « avitae opes — provinciarum spoliis partae? » A conforto di questa origine delle perle di Lollia dai doni dei monarchi orientali, s'aggiunga infine che lo stesso Plinio, poco più sotto, ripete la identica origine delle perle di Cleopatra: « Duo fuere maximi uniones per omne aevum: utrumque possedit Cleopatra — *per manum Orientis regum sibi traditos* ». Si osservi infine come l'interpretazione presente concordi colla spiegazione del passo precedente di Plinio.

Ma non piace cotesta interpretazione? Ebbene, il valore del testo pliniano si elide, ammettendo, come deve riconoscersi possibile, che Plinio usi la parola *mancipatio* nel senso generico di alienazione o vendita.

Postilla. — Nonostante gli usi enfatici o metaforici di *mancipatio* e *mancipare*, se l'interpretazione che riferisce il testo pliniano a un testamento *per mancipationem* è pur sempre plausibile, io non credo ora di poter dire lo stesso di qualunque interpretazione che voglia escludere dal *mancipatus* o dalla *mancipatio* di Plinio il senso della *mancipatio* vera e propria.

Ma non perciò stimo in alcun modo possibile consentire cogli scrittori, i quali ammettono l'efficacia giuridica della *mancipatio* di *res nec m.*; convengo invece con quella schiera (Puchta, Fadda, l. c., Ascoli A., *Note a Glück*, volume VI, pag. 44-45, Girard, *Manuel*, 5ª ed., pag. 291), la quale ritiene che Plinio ci attesti un uso di fatto della *mancipatio* per dar solennità all'atto del trasferimento, mentre l'efficacia giuridica di questo sarebbe risultata dalla *traditio* congiunta alla *mancipatio*. Tale interpretazione e insieme l'impossibilità dell'efficacia giuridica propria della *mancipatio* è veramente avvalorata dalle mancipazioni eseguite tra peregrini o su fondi provinciali (Tabb. transilv.), le quali non hanno per certo l'effetto di trasferire la proprietà *ex iure Quiri-*

tium, ma, quando segue la *traditio*, non si può negare che passi per lo meno, in forza della *traditio*, o la proprietà peregrina o il possesso provinciale. Della *mancipatio* di *res nec m.* insomma si può esattamente ripetere quello che Frontino dice appunto dell'atto stesso circa i fondi provinciali: *sed nec mancipatio eorum legitima esse potest.*

Com'è chiaro, noi manteniamo pienamente il nostro concetto e il nostro punto di vista giuridico: soltanto circa i due famigerati passi di Plinio crediamo di doverci ritirare in un prudente riserbo.

4. Abbiamo esaurito l'esame delle fonti recate in appoggio dell'opinione comune. Ma i nostri avversari pongono anche la questione di principio: perchè mai la *mancipatio* non sarebbe stata applicabile alle *res nec mancipi?* E da taluno si fa il paragone coll'atto pubblico, il quale è bensì obbligatorio per le donazioni, ma non è detto con ciò che altri negozî, poniamo, di vendita, non possano farsi per atto pubblico.

Volendo rispondere alla questione di principio in sè, diremo che la causa prossima è ben semplice: perchè il diritto vuole così. Ma se pur vuolsi una spiegazione del principio giuridico, essa è fornita dall'indagine sulla natura e la funzione diversa della *mancipatio* e della *traditio*. Il paragone della *mancipatio* e della *traditio* non si può fare coll'atto pubblico e colla scrittura privata, nel senso del nostro diritto civile. L'atto pubblico è una forma che offre garanzie superiori di prova, ma non ha natura diversa dalla scrittura privata: quindi in que' negozî dove la scrittura privata basta, la maggior solennità dell'atto non vizia. Invece la *mancipatio* non è un *plus* di fronte alla *traditio*, come lo stesso Bechmann malamente si esprime. La *mancipatio* è un atto essenzialmente distinto dalla *traditio*: essa è una forma, laddove la *traditio* non è forma, ma fatto, come l'*occupatio* e simili; fatto che genera l'acquisto del possesso, che il diritto in taluni casi riconosce sufficiente al trapasso

della proprietà (1) ma che a ogni modo non contiene verun elemento formale.

Il rapporto messo in essere dalla forma esiste, è garentito dal diritto, anche se nessun fatto riveli l'esistenza sua. Per tal modo la *mancipatio* può andar disgiunta dalla *traditio*, e nondimeno l'acquisto della proprietà accade immediatamente, per l'atto stesso della mancipazione (2). Il rapporto che il diritto stima di poter garentire in quanto il fatto lo riveli, ha bisogno necessariamente che il fatto vi sia: nel caso nostro, che la tradizione completa colla traslazione dell'obbietto sia accaduta. Senza dubbio la mera forma può ben avere la stessa efficacia di fondare questo rapporto, ma quando il diritto lo dichiari e lo stabilisca, come nel caso nostro avviene per la in *iure cessio*. Ma quando il diritto dichiari che essa è propria di una specie di obbietti, come avviene della *mancipatio*, che efficacia potrà avere in un'altra sfera di applicazione, dove il diritto rico-

(1) [Nel diritto giustinianeo si suol dire che ciò accade in ogni caso e che la tradizione è ormai modo generale di alienazione per ogni categoria di oggetti. Ciò non è pienamente esatto, come vedremo (v. cap. ultimo); ma viceversa è caratteristico che nel diritto giustinianeo, se non si è giunti, come in un forte scritto (*Traditio ficta*, in *Z. der S. Stift. für R. g.*, v. 33 (1912), pag. 259, e v. 34 (1913), pag. 159), il Riccobono vorrebbe dimostrare, ad ammettere il passaggio della proprietà per mutuo consenso, tuttavia la *traditio* si è sciolta dal suo vincolo assoluto col possesso].

(2) Gai., IV, 131 a: « Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus (hoc modo) praescribere: Ea res agatur de fundo mancipando, ut postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi — ». — Gai., I, 121: « praedia absentia solent mancipari ». — Ulp., XIX, 6: « Immobiles — etiam plures simul et quae diversis locis sunt mancipari possunt ». — Paul., II, 17, 3: « mancipatione et traditione perfecta ». — Cfr. anche Gai., II, 204 (v. sopra, pag. 140), IV, 117. — E parimente i due atti sono sempre distinti nelle formule de' contratti: cfr. *Don. Flav. Syntrophi* (Bruns-Mommsen, n. 139, VII ed., pag. 337): « Si — mancipio dedero vacuamque possessionem tradidero ». — Cfr. pure le formule notarili dalla collezione dei contratti del Marini e dello Spangenberg (v. in seguito). — Il principio che la mancipazione non operi affatto la traslazione del possesso, che

nosce il rapporto per la sua esistenza di fatto? Certo se nell'atto della mancipazione avviene la tradizione della *res nec mancipi*, il passaggio della proprietà è valido, ma solo in virtù della tradizione avvenuta. Ed è pur vero che nulla vieta di convocare *nell'atto della tradizione* sia pure cinque o sette testimoni, per agevolare la prova del trasferimento: e nulla vieta altresì di adibire a tal fine la mancipazione colle sue forme solenni, col bronzo, colla bilancia; ma tutto l'atto non avrebbe altro effetto che il puro passaggio della proprietà come quello che risulta dalla semplice tradizione.

Similmente se in diritto moderno si voglia contrarre una cambiale per la consegna non già di una somma di danaro, ma di venti capi di bestiame, l'atto sarà valido come obbligazione contratta per iscrittura privata, perchè la cambiale racchiude pur sempre una scrittura, ma non certamente come cambiale e cogli effetti cambiari.

---

la tradizione sia un atto totalmente diverso è chiarissimamente messo dal Puchta (*Inst.*, § 238). Ma relativamente agli immobili, il principio è evidente, nè si contrasta per il diritto classico. Solo per il diritto antichissimo si fa questione da qualche scrittore [Esagera però il Riccobono nello scritto citato *Z. d. Sav. Stift.*, v. 34 (1913), pag. 178 testo e n. 6, nel ritenere che per l'acquisto del dominio sulle *res m.* non fosse sufficiente la *mancipatio*, ma si richiedesse *anche la traditio*; Gai., II, 204, mostra bensì che i due atti son distinti e che il possesso non passa colla *mancipatio*; ma non che il passaggio del possesso sia necessario all'acquisto del dominio sulle *res m.*].

Nondimeno, ammesso pure che la mancipazione comprendesse necessariamente sempre la tradizione, non rimane men fermo il concetto che i due atti hanno natura essenzialmente diversa: poichè a ogni modo la tradizione non è rispetto alla mancipazione una forma inferiore, come la scrittura privata rispetto all'atto pubblico, ma (lo ripetiamo) non è niente una forma, bensì il nudo fatto dell'individuo, che, riconosciuto dal diritto, si figura come atto giuridico non formale. Ritenerla come forma non è una opinione, ma un errore (salvo che naturalmente, nel linguaggio libero, la parola forma si può usare in senso generico per significare l'atto esteriore sì nella tradizione, come in qualunque negozio giuridico o piuttosto in qualunque atto dell'uomo). — Se vuolsi però un'ampia confutazione dell'errore veggasi: Perozzi, *Della Tradizione*, p. II.

Sono meri equivoci le affermazioni cui son trascinati anche intelletti gravi dal sostenere una tesi falsa. « Si potrà parlare di un atto superfluo, ma non mai di un atto nullo ». Ma quando un atto non ha efficacia giuridica per se medesimo, ma è solamente valido se ed in quanto racchiude un altro atto giuridicamente valido, che differenza corre tra il dire che l'atto è superfluo e il dire che esso è nullo? E poichè si possono avere dei casi in cui l'atto superfluo non contenga l'atto giuridicamente efficace, e poichè a ogni modo gli effetti speciali di quella superfluità non si verificano mai, o non è preferibile, come forma più generale ed esatta in ogni caso, dire che l'atto è nullo?

5. E veniamo finalmente agli argomenti per la tesi giusta dell'insufficienza giuridica della *mancipatio* per se stessa in ordine alle *res nec m.*

I testi in appoggio non sono scarsi e tutti di autori *giuridici:* quindi più pensato e di proposito espresso il concetto, tecnica e precisa la dizione, decisiva la testimonianza.

I. Cic., *Top.*, 10, 45: « Finge mancipio aliquem dedisse quod mancipio dari non potest: numne idcirco id eius factum est, qui accepit? Aut num is qui mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit? »

L'interpretazione schietta del testo è che taluno voglia trasferire con la mancipazione una *res nec mancipi.* Tal'è quella che ne dà un tardo scrittore, giurista anch'egli, Severino Boezio, il quale soggiunge precisamente l'esempio: *veluti si quis rem non mancipi mancipaverit.*

Ma il testo di Cicerone non scuote i fautori della *mancipatio* di *res nec mancipi.* Primo il Trekell espresse con molta remissione l'ipotesi che Cicerone intenda alludere a quelle cose « quae plane non poterant esse in privatorum dominio, veluti liber homo, fundus provincialis »; interpretazione che non sarebbe assurda, se nel luogo di Cicerone « mancipio dare » si potesse intendere come « trasferire in proprietà »; ma oltrechè l'autore non adopera mai la

locuzione *mancipio dare* in questo senso, il concetto della *obligatio*, con cui si termina, è connesso troppo intimamente con gli obblighi nascenti dalla *mancipatio*.

Il Meermann rigetta la spiegazione del Trekell; ma, per salvare la sua dottrina, altera il testo e ne dà una interpretazione che è inutile riferire, perchè assolutamente insostenibile oggidì.

I moderni, come il Voigt e il Cogliolo, rinnovano senza esitanza l'idea di Trekell, ammettendo che Cicerone faccia il caso di cose *extra commercium*.

II. Cic., *Pro Mur.*, 2, 3: « Quod si in iis rebus repetendis quae mancipi sunt, is periculum iudicii praestare debet qui se nexu obligavit — ».

Noi rechiamo anche questo passo, che ci sembra interessante. Ivi la forma del *nexum* (il quale, come modo di trasferimento della proprietà è nel linguaggio ciceroniano equivalente a *mancipium*) (1) e l'*auctoritas* del *mancipium* sono poste in rapporto assoluto ed esclusivo colle *res mancipi* (2).

III. Gai., I, 120: « Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque, *quae mancipi sunt* — item praedia tam urbana quam rustica, *quae et ipsa mancipi sunt*, qualia sunt Italica — ».

Gai., II, 22: « Mancipi *vero* res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae ».

Appare anche dai luoghi riferiti di Gaio il rapporto esclusivo della *mancipatio* colle *res mancipi*. Nel primo si fa la enumerazione delle persone e cose *mancipabili*, nè si accenna punto alla possibilità di mancipare una *res nec mancipi;* anzi la limitazione precisa nelle categorie che

(1) [V. ora pag. 99-104].

(2) [Questo e in generale il ritrovarsi ne' testi l'*actio auctoritatis* applicata esclusivamente alle *res mancipi* (v. il cap. seguente) sembra ora al Girard (*Manuel élém. de dr. rom.*, 5ª ediz., 1912, pag. 211) l'argomento decisivo per la tesi da noi sostenuta].

comprendono anche *res nec mancipi*, animali, fondi, dovrebbe condurre ad escludere cotesta possibilità. Nel secondo, ove si contiene la definizione classica delle *res mancipi*, la differenza specifica delle medesime è riposta nella loro qualità di essere obbietto della mancipazione; ora, poichè il concetto non porta ad escludere dalle *res mancipi* gli altri modi di alienazione, come la *in iure cessio*, esso ha una ragione e un significato solo nel rapporto esclusivo della *mancipatio* stessa colle *res mancipi*.

IV. Ulp., XIX, 3: « Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi ». — XIX, 7: « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi ». — XIX, 8: « Usucapione dominium adipiscimur tam mancipi rerum quam nec mancipi ». — XIX, 9: « In iure cessio quoque communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi ».

La formula di Ulpiano è decisiva: e la spiegazione, che ne porgono gli avversari, è un'altra prova dell'equivoco in cui perpetuamente si aggirano. La *mancipatio* (dicono essi) nelle *res mancipi* è obbligatoria, *ex iuris necessitate adhibetur*, per usare la frase dello Zachariae; nelle *res nec mancipi* è applicabile facoltativamente, giacchè la semplice tradizione sarebbe sufficiente al trapasso della proprietà. Ora questa dichiarazione è una ingenuità logica e giuridica. Anzitutto non è facile intendere, come si dica che la *mancipatio* è obbligatoria per le *res mancipi*, quando la proprietà sulle medesime si trasferisce ugualmente nella forma della *in iure cessio*. E concediamo pure rispetto al primo punto che questo si debba intendere. Ma, data questa situazione giuridica, la *mancipatio*, è chiaro, verrebbe a trovarsi colle *res m.* e *nec m.* nello stesso rapporto della *in iure cessio* e della *usucapio*. Qual senso avrebbe allora, di fronte al testo presente, l'altro dello stesso Ulpiano nello stesso luogo, nel quale si afferma che la *usucapio*, che in particolare la forma parallela della *in iure cessio* è una « *communis* alienatio mancipi rerum et nec mancipi? ».

Decisiva è anche l'opposizione della *traditio*. La *traditio*, come modo di alienazione della proprietà, ossia come atto giuridico, è applicabile solamente alle *res nec mancipi*, sicchè l'interpretazione degli avversari, oltre all'assurdo che contiene, suppone anche una contraddizione singolarissima nelle due regole ulpianee.

Chiudiamo la dimostrazione presente con un argomento ultimo, capitale anch'esso. Benchè noi siamo d'opinione che il concetto giuridico delle *res mancipi* nell'età classica non fosse il concetto originario, pure è certo che in quella età l'antitesi di *res mancipi* e *res nec mancipi* corrisponde a quella di cose mancipabili e cose non mancipabili. Nelle nostre fonti dire che una cosa è *res mancipi* o *res nec mancipi* vale schiettamente come dire ch'ella si può o non si può mancipare: e sembra pur chiaro che la designazione dei fondi provinciali come *res nec mancipi*, come quella ch'ebbe origine in un tempo in cui la figura giuridica della distinzione doveva da più secoli essere mutata e quindi alterato il concetto della medesima, sia sôrta veramente sin dall'origine per questa ragione e con questo significato (1).

---

(1) PAUL., *Fr. Vat.*, 45: « Tametsi usufructus *mancipi* non sit ». Cfr. GAI., II, 30; PAUL., *Fr. Vat.*, 47). — GAI., II, 17: « Item fere omnia quae incorporalia sunt *nec mancipi* sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum ». (GAI., II, 29, 30, 34). — GAI., II, 27: « Solum Italicum *mancipi* est, provinciale *nec mancipi* » — II. 15: « Item stipendiaria praedia et tributaria *nec mancipi sunt* ». (Cfr. GAI., II, 27: « — admonendi sumus — provincialis soli nexum non esse »). — FRONT. (GROM. VET., ed. Lachmann, II, pag. 36, v. 1-4) [ed. Tulin, I, pag. 23]: « Et stipendiarios (quidem dicimus vel tributarios) qui nexum non habent — et veneunt, sed nec mancipatio eorum legitima potest esse ».

[La tesi della non mancipabilità delle *res nec m.* fu di nuovo qualificata dal VOIGT (*Röm. R. g.*, Leipzig 1892. pag. 429, 1) come contraria a verità (*wahrheitswidrig*) e la mia dimostrazione come *avvocatesca*. Giudichi il lettore. Quanto a me, a trent'anni di distanza, giudico pur sempre un metodo pericoloso collocare la testimonianza di Plinio al di sopra di quelle di Ulpiano e Gaio: e come avvocato mi attengo ai giuristi].

Risulta da tutta la dimostrazione precedente che l'antitesi della *mancipatio* e della *traditio* nel diritto classico e, come *a fortiori* si deve inferire, nell'antichissimo diritto romano è rigorosa ed assoluta. La *mancipatio* di una *res nec m.* non è riconosciuta come giuridicamente efficace; ma d'altra parte neppur la *traditio* di una *res m.* è valida come modo d'acquisto della proprietà.

6. Di leggieri s'intende come questa differenza, così rigorosa e assoluta, quando, come nell'antichissimo diritto di Roma e del Lazio, da un lato non esistevano altri modi civili che si potessero applicare alle *res nec mancipi*, e dall'altro lato non era sopraggiunto il diritto pretorio a dare efficacia giuridica alla *traditio* di una *res mancipi*, doveva avere una portata ben più grave e un significato più profondo e corrispondere quindi a una figura più spiccatamente distinta e a una significazione più profonda delle *res mancipi* e *nec mancipi*. Ma non è dato stabilire sin d'ora la giusta portata della differenza ed esprimere quindi su questa sola base la vera natura della distinzione in quel momento. Il rapporto reale sulle *res m.* e il rapporto reale sulle *res nec m.* erano due forme distinte di proprietà? In altri termini, la *traditio* di una *res nec m.* aveva per effetto di fondare un *meum esse ex iure Quiritium*, garentito mediante *rei vindicatio*? La ricerca è da tentare nel capitolo seguente, sviluppando la distinzione rispetto alla natura e alla tutela del diritto di proprietà.

Nondimeno qualche induzione si può fare sulla portata di questa differenza originaria, ed è certo che lo stato delle cose si disegna molto più logico e chiaro anche in ordine ai modi di acquisto, se ammettiamo che le *res nec m.*, come le odierne cose mobili, almeno nella loro tipica costruzione, non fossero obbietto di *r. v.*

Che l'esclusione della *mancipatio* rispetto alle *res nec m.* significasse nell'antica epoca impossibilità di acquisto mercè un modo civile si può ritener sicuro. La *in iure cessio* è

forma non originaria, ma ultracittadina, e presuppone già una regolare *r. v.* Essa par nata allo scopo di rimediare all'isterilimento avvenuto nella evoluzione delle cose *mancipi.* Questa comprendeva le servitù rustiche; avrebbe potuto e dovuto estendersi alle urbane, quando queste furono create; avrebbe potuto estendersi all'usufrutto; avrebbe potuto comprendere infine il diritto ereditario: nella stessa guisa che presso i popoli moderni la categoria degli immobili si estese a tutte le servitù prediali, al diritto di usufrutto ed altri diritti. Ora siffatti sono appunto gli obbietti normali della *in iure cessio*, la quale nelle *res m.* non è d'uso frequente, e doveva essere ancor meno nell'uso per le *rec nec m.* corporali (1).

L'*usucapio* presuppone anch'essa alla sua volta la possibilità di una evizione, cioè di una *rei vindicatio* delle *res nec mancipi*, presuppone che lo stato di possesso per divenir proprietà abbia bisogno della sanzione del tempo. E se gli indizî accumulati dal Ihering non persuadono, pur nondimeno io ritengo molto verosimile la sua congettura che l'estensione della *usucapio* alle *res nec mancipi* sia posteriore alle XII Tavole (2). Non è improbabile che le espressioni « *fundus* » e « *ceterae res* » nel testo delle XII Tavole, quale ci è stato tramandato, stessero in origine a significare le *res mancipi* immobili e mobili, appunto come si fa distinzione tra *res mancipi* mobili e immobili nell'atto della *mancipatio*. L'assimilazione progressiva delle *res mancipi* e *nec mancipi*, creando la possibilità di una *usucapio* di *res nec mancipi*, avrebbe condotto automaticamente ad aggiungere queste alle *ceterae res* e fissare apparentemente, per questo effetto, la distinzione delle cose immobili e mobili. Ciò spiegherebbe altresì come la distinzione tra cose immobili e mobili venga ad avere, a prima vista, già nell'antico diritto romano, un particolare effetto, mentre non costituisce essa

---

(1) Gai., II, 25.
(2) V. pag. 65.

la base del sistema giuridico. E spiegherebbe a un tempo stesso come la *hereditas* sia stata reputata oggetto di usucapione annale (1): l'*hereditas* era annoverata tra le *res nec m.*, e pertanto sarebbesi naturalmente aggiunta con queste alle *ceterae res* laddove, se la differenza fosse stata sin da principio stabilita tra cose immobili e mobili genericamente (il che non pare nemmeno dalla dizione conservata della legge), difficilmente, mi sembra, la *hereditas* sarebbe stata così, senz'altro, stimata e trattata come una *res mobilis*.

Più interessante e più chiara, perchè cade già in epoca storica, è l'evoluzione per quel che concerne le *res mancipi*. Il principio che la tradizione è inabile a trasferire il dominio di una *res mancipi*, pur rimanendo formalmente inalterato, mutò radicalmente nella sostanza, per la reazione della vita pratica e l'ossequio del Pretore alla nuova coscienza e alle nuove esigenze sociali. Sembra che già nell'ultimo secolo della repubblica l'inosservanza delle forme civili, trattandosi di *res mancipi* mobili, fosse un fatto abbastanza frequente.

Ora di fronte al diritto civile l'alienazione delle *res mancipi* non compiuta nelle forme rigorose collocava l'acquirente nella posizione di un semplice possessore. Naturalmente questo rapporto di possesso seguì, nelle sue varie fasi, l'evoluzione delle difese accordate al possesso giuridico, ovvero al possesso di b. f., allorchè la figura speciale di questo possesso si venne delineando; onde, anche colui che aveva acquistato una *res m.* per effetto di semplice tradizione, ebbe a sua disposizione gli interdetti possessorî e i varî mezzi giuridici creati dal Pretore a difesa del possesso di b. f.

È probabile anzi (ma ciò non può essere che oggetto di studî indipendenti sulla *exceptio rei venditae et traditae*, sull'*actio Publiciana*, sull'*in bonis habere*) che l'alienazione di

(1) Gai., II, 54.

res mancipi senza uso delle forme solenni sia la prima figura giuridica, cui si ebbe riguardo nella introduzione de' varî mezzi giuridici pretorî e forse anche la figura originaria e tipica delle *usucapio*. Certo è che l'*in bonis habere*, per essere improntato di un carattere assoluto, giacchè non solo è *potior* di fronte a qualunque rapporto possessorio, ma, in forza della *exceptio rei venditae et traditae*, non cede nemmeno di fronte al proprietario legittimo, assume la figura di un vero dominio. « Sed postea (soggiunge Gaio nel luogo citato, in cui riferisce come il dominio, unico un tempo, si divise dappoi) divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit » (1).

Questa proprietà pretoria — *in bonis esse*, *in bonis habere* — una volta creata, venne conferita e garentita dal Pretore in una serie di casi diversi e divenne la figura giuridica dell'immissione ne' beni per autorità pretoria o per effetto di senatoconsulti e di rescritti imperiali, di cui il Pretore assicurava l'esecuzione: gli è perciò lo stesso diritto, che venne concesso nella *bonorum possessio*, nella *bonorum emptio*, nell'*abductio servi ex noxali causa*, nella *immissio damni infecti per secundum decretum Praetoris*, nella *sublucatio arborum*, nella prestazione di un giuramento decisorio in questioni di proprietà, nell'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*, nella restituzione d'un fedecommesso *ex senatusconsulto Trebelliano*. Ma il caso tipico e normale e, come s'induce dalle stesse parole di Gaio, il caso originario, dovè consistere nell'alienazione di una *res mancipi*, spoglia delle forme civili (2).

---

(1) Gai., II, 40.

(2) Gaio doveva trattare anche in altro luogo, in maniera specialissima, appunto di questo caso originario e tipico dell'*in bonis*. È il § 26 del l. II: « Quod si neque mancipata neque in iure cessa sit res mancipi — ». Malauguratamente questo paragrafo e il successivo sono

Non ci è dato determinare precisamente l'epoca in cui l'*in bonis habere* si svolse come figura di proprietà distinta dal possesso di b. f. Può dirsi nondimeno che nell'ultimo secolo della repubblica il dominio bonitario aveva già assunto la sua figura particolare: nè sarebbe assurdo supporre che Varrone, nell'assegnare la *traditio* come modo d'acquisto della proprietà sugli animali da tiro e da soma, abbia in mente questo rapporto di dominio bonitario o pretorio, il quale così sovente veniva a costituirsi su quelle *res mancipi*. D'altra parte egli parla di dominio o domino legittimo soltanto rispetto allo schiavo acquistato nelle forme civili.

7. Nondimeno la scomparsa della *mancipatio* non si compiè così rapidamente come potrebbe credersi e come si suppone volgarmente (1), riguardandosi la medesima come una molesta forma e le *res mancipi* e *nec mancipi* come una storica anomalia. Benchè la tradizione di cose *mancipi* fosse omai garentita come un vero dominio, tuttavia, durante tutto il periodo della giurisprudenza classica, nel massimo fiore della potenza e della civiltà romano-italica, la mancipazione è forma vitale e comunissima nella pratica. Ne fanno fede sicurissima e l'interesse precipuo dei giureconsulti per le *res mancipi* e la *mancipatio*, che trattano come

---

delle pagine più guaste del Codice, nelle quali si leggono solamente poche parole sparse; e da quelle poche parole è dato solo intendere che Gaio trattava di questioni interessantissime e non troppo chiare per noi; cioè, oltre all'argomento presente, della *possessio* e della rivendicazione de' fondi provinciali, dell'acquisto de' frutti e forse della *longi temporis praescriptio*, del *ius commercii* e delle relazioni de' Romani colle *liberae civitates*, della equivalenza antica del *nexum* colla *mancipatio*, che è probabilmente causa dell'uso promiscuo di *nexum* o *mancipium* nel linguaggio ciceroniano [V. *sopra*, pag. 99-104 e specialmente pag. 101].

(1) [Questo preconcetto è ora pienamente cessato anche in forza di nuove scoperte e nuove indagini storiche, che fanno fede di quanto io sosteneva fin dal 1888. Su di esse vedi in fine al presente capitolo].

il negozio giuridico più importante, generale e niente affatto disusato, il numero stragrande di volte che si ricorda la *mancipatio* in tanta scarsità di fonti per il diritto antegiustinianeo, la preminenza o la precedenza costante nell'ordine rispetto alla tradizione, e il numero pur grande di casi menzionati dagli scrittori e monumenti di mancipazioni. E giungiamo così fino all'epoca dei Severi senza il menomo indizio di morte.

Più tardi ne' rescritti dell'imperatore Diocleziano appare tuttavia sancito l'obbligo della *mancipatio* nella traslazione di *res mancipi* (1); ed è a credere che nel famoso rescritto dello stesso imperatore, inserito nel Codice giustinianeo, fosse confermato innanzi all'obbligo della tradizione l'obbligo pure della mancipazione (2). Però ne' rescritti inseriti ne' Frammenti Vaticani l'obbligo è ripetutamente sancito a proposito delle donazioni, nelle quali, per effetto della *Lex Cincia*, la inosservanza delle forme civili aveva una sanzione rigorosa, perchè se la *res mancipi* non fosse stata mancipata (e per le *personae non exceptae* la sola *mancipatio* nemmeno bastava) o se la legittimità della mancipazione si potesse impugnare, la donazione correva pericolo di essere annullata dalla *exceptio legis Cinciae* (3).

Due costituzioni di Costantino, la prima del 319, la seconda del 333 sanciscono pure *iuxta Divi Pii instituta* che la *mancipatio* non è necessaria nelle donazioni *inter*

---

(1) *Fr. Vat.*, 285 (il testo è incompleto; ma sembra che l'imperatore dichiari al ricorrente che la *mancipatio* non si richiede nel caso in questione, anche perchè trattasi di fondi tributarî). — *Fr. Vat.*, 293; 313. — Cons. vet. Jurisc. (Ex corp. Hermog. *tit. de don. inter. vir. et ux.*), VI, 10: in questo si ricorda anche la *in iure cessio*.

(2) L. 20, C., 2, 3: « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur ». Il rescritto è datato dallo stesso anno (293 p. C.) dell'altro che costituisce il *Fr. Vat.* 293 cit., e dallo stesso mese o alla distanza di sei mesi (Kal. Ian. — Kal. Iun.). — Cfr. analogamente il *Fr. Vat.* 268: « si neque mancipatio neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse ».

(3) *Fr. Vat.*, 259; 263; 310.

parentes et liberos, mentre è necessaria nelle donazioni *inter extraneos* (1). Una costituzione di Costante e Costanzo dell'anno 355, ripete pure lo stesso principio (2). Ma tutta questa affannosa preoccupazione in materia di donazioni può essere indizio che in ogni altro caso la *mancipatio* fosse tornata veramente in desuetudine al tempo di Costantino.

L'ultimo ricordo legislativo che ci sia pervenuto della *mancipatio* è in una costituzione di Arcadio dell'anno 395, nella quale è sancita semplicemente la validità di ogni mancipazione *tyrannicis facta temporibus*, come di ogni altro negozio giuridico (3).

Però il momento dal quale s'inizia la scomparsa delle forme civili non credo che sia da fissare più tardi del periodo di tempo che succede alla esaltazione di Diocleziano e di Costantino: l'epoca fatale, in cui si matura la dissoluzione di tutta l'antica umanità e delle forme sociali e giuridiche più caratteristiche e proprie della vecchia Roma. Nel campo nostro, come vedremo, mentre cadono le vecchie forme civili, a partire da Costantino compaiono, per opera d'imperatori e prefetti del Pretorio, forme pubbliche di traslazione della proprietà per gli immobili: e la distinzione degli immobili e de' mobili comincia, nella società del basso impero, a prendere il luogo dell'antica distinzione romano-italica.

Se non che noi dovremo studiare, in fine della presente trattazione, le cause e gli effetti della dissoluzione particolare delle *res mancipi* e *nec mancipi*, del decadimento e della scomparsa finale della *mancipatio*, allo scopo di sta-

---

(1) L. 4, 5, C. Th., 8, 12.

(2) L. 7, C. Th., 8, 12

(3) L. 9, C. Theod., 15, 14 [In questa legge e nella precedente L. 8, secondo l'emendazione proposta dal Gotofredo e accolta ora nell'edizione di Mommsen e Meyer del 1905, si dovrebbe leggere *emancipatio;* ma poichè la lezione del Codice è *mancipatio*, l'osservazione del Collinet, il quale erra inoltre nel riferire il mio rilievo alla L. 8, *eod.* del 389, avrebbe potuto essere meno spiccia: V. Collinet, *Études historiques*, 1912, pag. 297, n. 2].

bilire apprezzamenti e induzioni più generali, storiche e giuridiche.

Diremo intanto che se la *mancipatio* va scomparendo dalla vita, dura tuttavia come forma vuota di senso nei contratti dei tempi più bassi, ricalcati sugli antichi formularî e dura perfino nelle nuove leggi romano-barbariche.

Ma sotto il regno di Teodorico, lo stesso Boezio, romano e studioso del diritto, discorrendo del rito della *mancipatio*, ne parla come di un'antica forma di alienazione, oramai caduta, di cui non gli appare nemmeno ben chiara l'idea (« quaedam nexus sollemnitas »): nè il luogo di Gaio, ch'ei riferisce, è immune di errori (1).

Nella compilazione giustinianea fu sostituito costantemente *tradere*, *traditio*, *per traditionem dare* o *accipere*, *cedere*, *cessio* in tutti i luoghi numerosissimi ove i giureconsulti classici usavano *mancipare*, *mancipatio*, *mancipio dare*, *mancipio accipere*, *in iure cedere*, *in iure cessio;* nè la sostituzione o la cancellazione fu sempre felice (2).

Postilla. — Gli studî e le scoperte ulteriori hanno confermato pienamente il nostro punto di vista: la *mancipatio* e le *res mancipi* resistono vivacissime per tutta l'epoca classica e anche sugli inizî dell'epoca postclassica; cessano e spariscono nell'epoca romano-ellenica, cioè, come io affermava, « nell'epoca fatale, in cui si matura la dissoluzione

---

(1) Cfr. sopra, pag. 94.

(2) La restituzione generalmente è facile e non dubbia. Essa può essere operata o sulla base dei testi genuini posseduti ovvero avendo riguardo all'obbietto di cui si discorre, se sia una *res mancipi*, o alla logica formale del discorso (corrispondenza con altre forme: p. es., la *stipulatio*), o ai principî e agli elementi giuridici proprî della *mancipatio* e delle *res mancipi* (fiducia: « lex mancipii », come nel fr. 48, D., 2, 14), o per argomenti filologici (caratteristica è la locuzione propria dei compilatori « *per traditionem accipere* » nata dalla sostituzione meccanica a *mancipio accipere*), o finalmente più spesso per molte ragioni siffatte. — Uno studio speciale di restituzione su base schiettamente filologica fu fatto dal Gradenwitz (*Zeitschrift der Sav. Stift. für Rg.*, VI, pag. 56 e 277; VII, 1886, pag. 45).

di tutta l'antica umanità e delle forme sociali e giuridiche più caratteristiche e proprie della vecchia Roma ».

Le nuove indagini e i nuovi documenti sembrano persino voler condurre più in là: il « rudere archeologico » degli studiosi che mi avevano preceduto è apparso ai nuovi studiosi vitale non solo oltre l'epoca propriamente romano-italica, ma oltre l'evo antico, almeno nel mondo occidentale.

Mentre rilevo la conferma alla mia tesi, debbo prender posizione di fronte ai nuovi studî e reagire contro alcune esagerazioni.

Di poco posteriore al mio studio è la nota del Naber sulla mancipazione in *Mnemosyne*, vol. XVII, 1889, pag. 294 e segg.; la quale rappresentava il mio punto di vista, con questo peraltro, che l'autore faceva cessare il vigore della *mancipatio* a una data fissa, nell'anno 394 a. C., per effetto della L. 2, C. Th., 2, 29 = L. 1, Cod., 4, 3, che esige di rigore la tradizione pel trapasso della proprietà. Io suppongo che l'illustre autore non insista più su questa opinione evidentemente erronea (ne rimase peraltro sedotto il Girard, che l'accoglie anche nell'ultima edizione del suo manuale 1911, pag. 292, nota 5); la costituzione riferita è relativa al contratto di suffragio, che è una deplorevole varietà bizantina della donazione, ed ha quindi i requisiti di essa. Ora tanto nel diritto classico, quanto nel regime costantiniano, la donazione esige di rigore, per esser perfetta, oltre la mancipazione, anche la tradizione per le stesse *res mancipi*. Nulla di strano quindi che la costituzione di Teodosio insista sulla necessità della tradizione; vero è che l'imperatore non fa motto della mancipazione; ma ciò più che significare una tacita abolizione, che sarebbe poco chiara e poco reverente per l'antico istituto, esprime piuttosto che per lo meno in Oriente essa era già ita in desuetudine (1).

---

(1) La costituzione di Teodosio distingue tra oro, argento e *cose mobili*, da un lato, *fondi* dall'altro, per i quali ultimi si esige, oltre la *traditio*, anche la *scriptura* e i *gesta*. Ciò mostra in funzione nuove

Francesco Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici*, 1909, vol. III, pag. 327, ritiene che la mancipazione sopravviva anche nei tempi più tardi, anche dopo l'epoca di Giustiniano in territorio italiano, nel suo genuino concetto e nella sua tradizionale funzione; i documenti ravennati e lombardi, la *Summa Perusina* ne dimostrano la persistenza.

Tuttavia gli accenni all'*actio auctoritatis* nella *Summa Perusina*, i documenti ravennati che si leggono nei papiri diplomatici del Marini e nelle *Tabulae negotiorum sollemnium* dello Spangenberg, i documenti lombardi e toscani da ogni parte raccolti, non valgono ad indurre in questa persuasione. Gli elementi caratteristici della mancipazione non risaltano in nessun documento. Gli atti contengono per vero le forme *transcribo cedo trado et mancipo* (Marini, n. 93, sec. VI, pag. 144, lin. 2-3; cfr. altri atti del 767, del 769, 835 riferiti dal Muratori, dal Frisi, ecc., e citati in Marini, pag. 304, n. 1); *dono cedo trado et mancipo* (Marini, n. 89 (a. 587), pag. 137, lin. 9-10, *Mon. germ. hist.*, Ep. I, II, pag. 437; donazione del diacono, poi papa Gregorio in Roma); *donamus cedimus tradimus ac mancipamus* (Marini, n. 88 (a. 572), pag. 136, lin. 10-11; n. 97 (a. 854), pag. 151, lin. 15); *venditioni traditioni mancipationi* (Marini, n. 120 (a. 572), pag. 184, lin. 53-54; n. 123 (a. 616-619), pag. 190, lin. 40-41 (in questo secondo doc. si legge per errore *nuncupationi* per *mancipationi*): *nummo usuali dominico uno* (Marini, n. 114 (a. 539-546), pag. 172-173, lin. 26; n. 118 (verso il 540), pag. 180); *vendidet mancipaviet tradidet* (Troya, III, 252, n. 415 (a. 756): territorio pistoiese); *do dono trado mancipo et ad perpetuam firmitatem cunfermo* (Troya, III, 634, n. 511 (a. 737): territorio lucchese); *dono cedo trado mancipo iure directo transcribo* (Troya, IV, 90, n. 549 (a. 742): donazione milanese):

---

categorie di beni e nuove forme. Si potrebbe anche notare *ad abundantiam* che non è ricordata espressamente nessuna *res mancipi*, giacchè i fondi (la costituzione è datata da Costantinopoli) possono intendersi provinciali.

vendo trado mancipo (*Codex longob.*, n. 125 (a. 885): territorio di Pavia), e così in una serie di documenti del territorio astese e del novarese citati in Solmi, *La formula della mancipatio*, pag. 16, n. 2). In un atto di donazione, anzi, sembra persino che si voglia distinguere nettamente tra *res mancipi* e *nec mancipi: ergo quae tradenda erant tradidimus, quae mancipanda erant mancipavimus* (Marini, n. 86 (a. 553), pag. 133, lin. 37-38. V. sopra pag. 78, n. 1). Ma si tratta, com'è chiaro dal complesso di ciascun atto, di formule notarili tradizionali, di mere parole, insomma, alle quali tanto meno possiamo attribuir valore, in quanto delle parole *mancipare*, *mancipatio* si fa precisamente in questa epoca, in cui sono scomparse dall'uso tecnico, un uso e un abuso nel linguaggio goffo ed enfatico della bassa latinità o dell'alto Medio Evo ch'era affatto ignoto nell'epoca in cui le parole significavano istituti giuridici vivi (V. pag. 79, n. 1; pag. 93, n. 1).

Ma se i documenti lombardi, ravennati, toscani non provano per la persistenza della *mancipatio* nemmeno nel territorio più genuino dell'antico diritto e dei fondi italici, altri documenti, scoperti in tempi più recenti, parvero indurre questa convinzione che almeno in regioni isolate e sottratte all'influenza bizantina la *mancipatio* abbia superato persino i tempi della legislazione giustinianea e della dominazione barbarica. Precisamente nell'anno 1909 Luigi Schiaparelli pubblicava sette documenti di mancipazione del territorio piacentino, redatti in luoghi varî, più spesso a Varsi, uno nella stessa Piacenza (L. Schiaparelli, *Le carte dell'Archivio capitolare di Piacenza*, in *Bullettino dell'Istituto storico italiano*, n. 30, 1909), in cui non soltanto la *mancipatio* è ricordata, ma il cerimoniale, o almeno alcune parti del cerimoniale, appaiono osservate: il documento è redatto in forma oggettiva, come gli antichi documenti della mancipazione, la formula *emit mancipioque accepit* è quella stessa dei testi e documenti classici, la formula dell'evizione è analoga a quella che si legge nelle tavolette transilvane, la

presenza degli immobili non si richiede, anzi in uno dei documenti (dell'anno 735) abbiamo una di quelle alienazioni cumulative di immobili lecite appunto nell'atto della mancipazione per la natura di questa (Ulp., 19, 6: immobiles autem etiam plures simul *et quae diversis locis sunt mancipari possunt*), della *traditio* non si fa parola, e finalmente sembra che l'atto serbi in una forma piuttosto oscura (*expensum praediis rustecis*), il ricordo della pesatura simbolica. I documenti appartengono tutti all'epoca longobarda, e precisamente agli anni 735, 737, 742, 758, 760.

La scoperta di questi documenti suscitò una serie di studî di notevole interesse: N. Tamassia e P. S. Leicht, *Le Carte longobarde dell'Archivio capitolare di Piacenza*, negli *Atti del R. Istituto veneto*, LXVIII, parte II, 1909, pag. 857 e segg.; P. Collinet, *La mancipation*, in *Études historiques sur le droit de Justinien*, Paris 1912, pag. 222 e seguenti; A. Solmi, *La formula della mancipatio nei documenti piacentini del secolo VIII*, in *Arch. stor. ital.*, n. 4, 1913.

Il Collinet ne trasse vantaggio per la sua tesi circa il carattere orientale della legislazione di Giustiniano e la persistenza più tenace degli istituti romani in Occidente. Il Solmi è quegli che ha più largamente studiato e più rettamente interpretato i documenti e ve ne ha inoltre aggiunto uno dell'anno 792, in piena età carolingia.

Tuttavia non dobbiamo nemmeno da questi documenti trarre eccessive illazioni. La parvenza di vita dell'antica mancipazione è probabilmente nella sola scrittura, cioè nel formulario notarile. Le parole sacramentali, la bilancia e il tocco della bilancia, il *libripens*, l'interrogazione del primo testimonio, che i romanisti usano chiamare *antestatus* e talora aggiungere come settimo personaggio ai cinque testimoni e al *libripens* (1), tutta l'essenza verbale e simbolica

---

(1) Non solamente la personalità distinta, ma la designazione stessa di *antestatus* io la credo il frutto di una più che dubbia interpretazione dei documenti, alla quale i moderni sono stati trascinati da una

dell'atto è oramai un sogno di antichi tempi; e poichè alla sua volta la *traditio* si è pure staccata dal fatto e dal possesso o per lo meno dalla struttura classica, veramente realistica del possesso, e si è convertita anch'essa, più o meno, in una dichiarazione scritta, noi non possiamo stabilire, nemmeno nei territori in cui queste formule sopravvivono, una differenza positiva tra i due atti, una coscienza chiara che essi non sono la stessa cosa. Certamente poi se nei territori in questione in ordine ai fondi le scritture conservano con maggior religione un formalismo arcaico, che rievoca la *mancipatio*, la distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi* ha oramai ceduto interamente il posto alla distinzione tra immobili e mobili.

Dall'altra parte la desuetudine generale della *mancipatio*, la smarrita coscienza della sua necessità per una categoria di oggetti, principalmente i fondi, ci appaiono attestate — oltrechè dal breviario alariciano e dall'epitome di Gaio, che fanno fede per l'Occidente — anche dalle due lunghe e importanti costituzioni, dell'epoca costantiniana, emesse in Italia e per l'Italia, riportate integralmente in Fr. Vat., 35 e 249, dalla lapide Prenestina del IV secolo (*Notizie degli scavi*, 1903, pag. 575), documenti che fanno fede per le sedi più genuine dell'antico diritto, e dal modo finalmente con cui ricorda l'atto e il cerimoniale il ministro e la più illustre vittima romana di Teodorico. A partire da Costantino, noi assistiamo a una serie di contraddizioni; ma non vi ha dubbio che l'antico istituto sin da quel

---

confusione fatta nell'epitome di Gaio (I, 6, 3). Essa ha indotto a una integrazione errata, a mio avviso, nella *Formula Baetica* « antest(ato) », invece di « antest(atus est) », cioè invece della forma verbale, *di senso attivo*, riferita, secondo il consueto stile, all'invocazione dei testimoni, e ha indotto poi a una versione certamente errata (come appare dal confronto coll'esemplare greco a noi pervenuto) da parte degli editori del testamento di Gaio Longino Castore (cfr. Bruns-Mommsen, n. 135, pag. 334, e n. 119, pag. 314): la versione letterale ed esatta dell'inciso relativo in quest'ultimo documento fu data da me in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII (1894, pag. 4).

momento subisce il fato della più antica e pretta romanità: scompare o diviene un'ombra e un nome; e ombre e nomi hanno vita assai lunga.

Capitolo VII.

Le " res mancipi ,, e " nec mancipi ,, rispetto alla natura e alla protezione giuridica del diritto di proprietà.

1. L'intervento diretto o mediato del gruppo sociale nella alienazione, per la tutela d'interessi che trascendono l'individuo, implica dall'altra parte una tutela superiore del diritto dell'individuo.

Ritorniamo sull'antitesi della *mancipatio* e della *traditio*. Quali sono le garentie che offre il diritto civile all'acquirente di una *res mancipi* nella forma legittima, propria ed originariamente unica?

In primo luogo la *mancipatio* contiene una speciale garentia in caso di evizione nell'*actio auctoritatis*, con la condanna del venditore nel *duplum* (1) — qualunque sia il fondamento di questa azione e la ragione del *duplum* (2). Ora poichè la *mancipatio* è forma esclusiva delle *res mancipi*, anche questa garentia rinforzata è propria esclusivamente delle *res mancipi*. E veramente in Cicerone viene indicata più come una prerogativa delle *res mancipi* che come un effetto della *mancipatio*: « in iis rebus repetendis quae man-

(1) Paul., *Sent.*, II, 17, 3. — Cic., *Pro Mur.*, 2, 3; *Top.*, 10, 45. — Gai., II, 27. — Plaut., cfr. luoghi citati a pag. 92, n. 2.

(2) Secondo i più l'obbligo della garentia è una conseguenza diretta della *mancipatio*, e il *duplum* è stabilito a titolo di pena: secondo taluni nasce in virtù della *nuncupatio* ossia dalla *lex mancipii* [Per questa opinione v. ora anche Karlowa, *Röm. Rg.*, II, 1901, pag. 374-375: ciò nondimeno la prima opinione è, specialmente in base ai testi di Plauto, che invano il Karlowa torce a suo favore, la più attendibile]. Il Ihering concepisce l'*actio auctoritatis* come una *actio furti* qualificata, nella quale si applicano i principî del *furtum nec manifestum* (*Esprit*, III, pag. 229; IV, pag. 138).

cipi sunt, is periculum iudicii praestare debet qui se nexu obligavit ».

Parallela a questa è l'*actio de modo agri*, sempre nella misura del doppio, se il fondo mancipato non corrispondeva all'estensione dichiarata (1). Si aggiunga finalmente la garentia pei vizî della cosa. Ed anche circa i vizî della cosa era sancita dalle XII Tavole la pena del doppio contro il venditore che avesse dichiarato nella *nuncupatio*, vale a dire nella *lex mancipii*, qualità che la *res mancipi* non aveva: concetto esteso di poi dai giureconsulti interpreti delle XII Tavole: « Nam cum ex XII satis esset ea praestari, quae essent *lingua nuncupata*, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret, a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta » (2).

2. Occorrevano nelle *res nec mancipi* siffatte garentie? Intanto dalla *traditio* pura e semplice non derivò mai garentia di nessuna sorta (3). Ma è ben a credere che la *traditio* dovesse costituire in antico tutto un atto colla compra-vendita non formale, nella stessa guisa che il contratto formale, solenne di compra-vendita e la traslazione della proprietà erano congiunti nell'atto *per aes et libram*, nel *mancipium* [o *nexum*]. Ora derivavano le stesse garentie dal contratto consensuale di compra-vendita? Nell'antico diritto no certamente. Noi non facciamo questione sull'epoca del

---

(1) Paul., *Sent.*, II. 17, 4.

(2) Cic., *De Off.*, III, 16, 65. — Cfr. l'esempio recato da Cicerone, *ibid.*: « M. Marius Gratidianus C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Hae Sergio serviebant: sed hoc *in mancipio* Marius non dixerat ». Altri esempi: Cic., *De Or.*, I, 39, 178. — *Ibid.*, I, 39, 179. — Nel caso che si fosse dichiarato il fondo libero da ogni servitù, cioè che il fondo si fosse mancipato *Uti optimus maximus*, competeva per la scoperta di servitù l'*actio auctoritatis:* cfr. L. 75, D., 21, 2.

(3) Paul., II, 17, 2: « Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset ».

conoscimento giuridico della compra-vendita; ma è pur
oto e ammesso universalmente che fino a un'età abba-
tanza tarda nello sviluppo giuridico, cioè fin quasi all'età
lassica della giurisprudenza, il contratto consensuale di
ompra-vendita non imponeva obbligo veruno al venditore
er il caso di evizione e meno ancora per altri casi. Il
ompratore *suo periculo emit*, il venditore non è tenuto a
ostenere lui il *periculum iudicii*.

Adunque, esclusa la *mancipatio* dalla sfera d'applica-
ione alle *res nec mancipi*, ne consegue che nell'antico diritto
omano, se non si costituivano speciali obbligazioni a ciò
irette, non si avesse sulle *res nec mancipi* nè garentia d'evi-
ione, nè garentia per i vizî della cosa; giacchè obblighi
iffatti non derivano dalla tradizione e, nel momento a cui
i riportiamo, nemmeno dalla compra-vendita unita alla
radizione.

3. Ma una questione grave e capitale si presenta da
ltimo. Era concessa nell'antico diritto una vera e propria
ei vindicatio per le *res nec mancipi?* Come vedemmo nel-
analisi delle opinioni, lo negano molti, anzi la teoria che
iferisce l'origine della nostra distinzione a una distinzione
el diritto di proprietà, si fonda appunto su questo dato
resunto. L'unico però che, lumeggiando la propria opi-
ione, abbia tentato di argomentare giuridicamente sulla
ase di particolari indizî è il Jhering (v. sopra pag. 64 e segg.).

Noi crediamo fermamente che in un momento più antico
lella distinzione non fosse conosciuta una vera e propria
ei vindicatio sulle *res nec mancipi*. Conveniamo peraltro
he nessuno degli elementi, ingegnosamente messi in luce
lal Jhering, ma o troppo oscuri o troppo remoti o equivoci,
a un valore persuasivo.

Vediamo se indizî più spiccati possano convalidare la
esi. Un indizio chiaro potrebbe fornire — è l'unico rilevato
enericamente dai fautori antichi di questa opinione — la
tessa formula *res mancipi* e *nec mancipi* per chi sia con-

vinto della nostra dimostrazione circa il senso primitivo di questa frase e del *mancipium* in generale.

Argomento pure efficace è la stessa mancanza di una garentia per evizione nella vendita di una *res nec mancipi.* Si può supporre che se non nasceva obbligo di garentia da parte del venditore, ciò debba riconnettersi a uno stato di cose, in cui di garentia non v'era bisogno, per l'impossibilità di una *r. v.* di *res nec mancipi.*

E possiamo inoltre osservare che il nostro sistema porge la spiegazione più evidente di una singolare disposizione del diritto romano, molto discussa e molto variamente giudicata tra i romanisti moderni: il principio che la compravendita obblighi il venditore solamente a un « tradere ut habere liceat » e non al trasferimento del dominio *ex iure Quiritium* (1).

V'ha chi reputa che il principio fosse stabilito dai Romani per favorire la circolazione delle merci ovvero per incoraggiare il traffico co' peregrini, incapaci di dominio quiritario. V'ha chi giudica la disposizione stessa una conseguenza razionale, logica del contratto di vendita, come dovrebbe essere concepito universalmente, e chi la stima un errore accidentale dei Romani, un grave difetto della loro legislazione. Altri sottilizzano sul senso della disposizione romana o la confondono in modo deplorevole col carattere obbligatorio. Io credo che il principio abbia questa origine e questo significato. La compra-vendita consensuale era nel diritto antico correlativa o unita alla tradizione, come la compra-vendita formale era lo stesso trasferimento solenne del *mancipium.* Pertanto se l'effetto della *traditio* originaria era meramente la *possessio*, un *meum esse*, ma non però un *meum esse ex iure Quiritium*, così la compravendita consensuale, dato che fosse disgiunta dalla tradizione, non poteva contenere se non l'obbligo al trasferi-

(1) Fr. 25, § 1, D., 18, 1. — Fr. 11, § 2; fr. 30, § 1, D., 19, 1. — Fr. 1 pr., D., 19, 4.

nento di una siffatta relazione colla cosa, di un *possidere*, li un *habere licere* (1); termini tutti significativi della *possessio* romana, la quale non implica necessariamente, come l nostro possesso, qualche cosa di relativo e di vizioso, che nfrange e nega il diritto: basta all'uopo ricordare la *possessio* pubblica. Appunto per questa distinta natura, che crea 'antitesi della *mancipatio* e della *traditio*, i giureconsulti lassici pongono a riscontro caratteristicamente l'effetto del-'*emptio-venditio* e l'effetto della *stipulatio*, la quale impone eramente al venditore l'obbligo di trasmettere la proprietà lel fondo (2). Probabilmente anche qui, in luogo di tacciare l diritto romano di essersi arrestato nello sviluppo, è a crelere che siasi lasciato andare troppo oltre: per la categoria legli obbietti, in cui si richiedono forme solenni di alienazione, non doveva stimarsi sufficiente il mero contratto onsensuale, ma doveva richiedersi necessariamente una orma anche nel contratto di vendita, una volta disgiunto lal contratto d'acquisto.

Ciò avviene in qualunque diritto, ove sia distinto il conratto di vendita dall'atto d'acquisto: ciò avviene nel nostro liritto, che richiede la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata ne' contratti relativi a immobili (Codice civile, rt. 1314).

Ancora: l'essere le *res mancipi* le cose di maggior pregio n modo assoluto nella più remota epoca di Roma, l'essere e cose più specialmente e lungamente riconoscibili, e simili qualità, rilevate, come vedemmo, dai fautori dell'indirizzo razionale (nelle quali per vero invano si cercava il concetto

---

(1) Cfr. fr. 80, § 3, D., 18, 1 (Labeo): « Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat ». — Fr. 3 pr., D., 19, 1 (Pomp.): « Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur ». Cfr. anche: Fr. 30, § 1, D., 19, 1. [v. in seguito i miei scritti sulla *possessio*].

(2) Fr. 25, § 4, D., 18, 1 (Ulp.): « Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit ».

della distinzione) potrebbero di per sè, data l'esistenza della distinzione fin ne' più antichi tempi, far pensare che la *r. v.* fosse ammessa in origine e siasi lungamente perpetuata nelle sole *res mancipi*.

Ma l'argomento decisivo per la nostra questione ci è fornito pur sempre dall'antitesi diretta della *mancipatio* e della *traditio*. La *mancipatio* e la *traditio* sono mezzi unici per l'alienazione de' beni nell'antichissimo diritto, e l'uno esclusivo per le *res mancipi*, l'altro per le *res nec mancipi*. Ma la tradizione non contiene verun elemento che indichi precisamente il trapasso di un *meum esse ex iure Quiritium*, necessario fondamento della *rei vindicatio*. Ora in un diritto pienamente sviluppato, in cui si tien conto — spesso anche troppo conto — di elementi spirituali per misurare gli effetti degli atti giuridici, ciò non ha importanza: non così ne' momenti diversi del diritto primitivo, in cui l'effetto di un atto o il rapporto che si costituisce è determinato assolutamente dall'elemento esteriore dell'atto giuridico. Ma d'altra parte dallo stesso carattere esteriore e materialistico del diritto primitivo (non direi formalistico, per non confondere un concetto più tecnico) si deriva necessariamente che la *traditio* di una *res nec mancipi* dovesse riguardarsi come il trapasso di un *meum esse*, assoluto e perpetuo, sulla medesima, non già semplice detenzione. In quella vece la formula che nella *mancipatio* significa l'acquisto del dominio è *identica alla formula della r. v.;* il che può ben rispecchiare una stretta corrispondenza de' due atti giuridici, anche relativamente all'obbietto; e come la *mancipatio* è propria delle *res mancipi*, così per un lungo periodo deve essere stato della *r. v.*

Infine concorre a stabilire questa opinione anche l'analogia del diritto comparato, che dimostra come una vera e propria azione reale in origine non fosse ammessa per la categoria dei beni, che hanno carattere individuale.

4. Tale era lo stato delle cose relativamente alla natura e alla tutela del diritto in un momento antichissimo.

Ma tale non si è conservato in appresso. Quando la *r. v.* venne estesa alla *res nec mancipi*, e quando la *traditio* ebbe efficacia di fondare sulle *res nec mancipi* un vero dominio *ex iure Quiritium* noi non potremmo dire. Ammesso che la forma di legato in uso al tempo delle XII Tavole sia quella del *legatum per vindicationem* e ammettendo che nella nota legge « Uti legassit » etc., la parola *pecunia* indichi le sole *res nec mancipi*, e' ne converrebbe logicamente inferire che al tempo delle XII Tavole le *res nec mancipi* fossero obbietto così della *r. v.* come del dominio *ex iure Quiritium;* nè vi sarebbe da resistere a un'argomentazione così netta e stringente (1).

D'altra parte v'ha un testo noto di Cicerone, il quale rischia di provar troppo, perchè toglierebbe via il dominio *ex iure Quiritium* dalle *res nec mancipi* fin nell'epoca di Cicerone: « Abalienatio est *eius rei, quae mancipi est*, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio, inter quos ea iure civili fieri possunt » (*Top.*, 5, 28). L'*alienatio* e quindi il dominio civile perfetto erano tuttora proprî delle *res mancipi*, al tempo di Cicerone? Era propria delle *res mancipi* anche la *r. v.* e quindi la *in iure cessio?* (2).

La questione del tempo in cui l'assimilazione avvenne non ha però grande importanza. Io sono inclinato a cre-

---

(1) V. Fadda, *Sull'origine de' legati* (Studî giuridici e storici in occasione dell'VIII centenario dell'Università bolognese). L'A. dimostra e sviluppa con vera eleganza e rigore logico ciascuna delle premesse e l'argomentazione.

(2) [Il Costa, *Cicerone giureconsulto* (Memorie dell'Acc. di scienze, Bologna 1911), vol. I, pag. 84-85, rifugge da questa esegesi e viene a interpretare il testo in ultima analisi nel senso che Cicerone imposti il suo discorso sull'*abalienatio* di *res m.*, e l'*abalienatio* di *res nec m.* sia omessa o sottintesa. Veramente in tal caso il testo, conforme alla stilistica latina, dovrebbe invertirsi nell'esordio e aprirsi così: *Eius rei quae mancipi est, abalienatio est*, ecc. Io penserei che, a parte ogni considerazione circa il riconoscimento della *r. v.* di *res nec m.*, al tempo di Cicerone si poteva ben concepire un acquisto di *res nec m.*, ma una vera *abalienatio* non poteva ancora concepirsi se non ne' modi formali e in ordine alle *res m.*].

dere che ciò sia avvenuto in una età piuttosto tarda, considerando lo sviluppo tardo delle garentie del contratto consensuale di compra-vendita. Nè sarebbe assurda la supposizione di un simile stato di cose nell'ultima età repubblicana, pensando che nazioni altamente civili ancora oggidì non ammettono sempre azione di rivendicazione per i beni mobili.

Con maggior sicurezza si può seguire l'evoluzione delle due garentie più speciali. La massima che dalla tradizione non deriva nessun obbligo per il caso di evizione rimase inalterata sempre. Se non che un uso pratico, che già nell'età repubblicana sembra divenuto uso normale, portò che al contratto di compra-vendita si aggiungessero stipulazioni penali, imitate evidentemente dall'*auctoritas* e dalle *leges mancipii*, allo scopo d'imporre al venditore la responsabilità per il caso di evizione e per i vizî della cosa (*stipulationes duplae vel simplae*) (1).

L'uso generale di siffatte stipulazioni trasse a considerarle come obbligazioni derivanti naturalmente dal contratto e ad accordare al compratore l'azione del contratto, allo scopo di ottenere che si conchiudesse così l'una come l'altra stipulazione (2). Finalmente nell'ultimo sviluppo, che sembra già iniziato con Labeone, si ammise che, senza intervento di alcuna stipulazione, il compratore potesse valersi direttamente dell'azione del contratto così pel risarcimento in caso di evizione, come per i vizî della cosa (3).

Ma financo in quest'ultima evoluzione l'effetto è pur sempre ottenuto, relativamente alle *res nec mancipi*, per via di un atto che è all'infuori della tradizione.

---

(1) O anche maggiori. Cfr. fr. 56, D., 21, 2 (Paul.): « Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel *triplum* aut *quadruplum* promitteretur, etc. [dato che il testo sia genuino] ».

(2) Fr. 37, D., 21, 2.

(3) Fr. 13, § 3, D., 12, 2. — Fr. 3 pr.; fr. 11, § 2 e § 13, D., 19, 1. — Fr. 6 § 4, *ibid.* (Vizî della cosa). — Fr. 60, D., 21, 2. — L. 6, C., 8, 44 (45), (Imp Alexander A. Octavio): « Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem (a. 222) »

Specialmente degna di considerazione è la *traditio* con-
unta alla *stipulatio duplae*. Giuridicamente questo negozio
omplesso produce rispetto alle *res nec mancipi* gli stessi
ffetti della mancipazione relativamente alle *res mancipi*:
sso infatti trasferisce il dominio civile della cosa *nec man-*
pi, e a un medesimo tempo impone al venditore perfet-
amente gli stessi obblighi dell'*auctoritas* e delle prestazioni
enali per la mancanza delle qualità promesse nella *lex man-*
pii o per i vizî occultati della cosa *mancipi*. Anche nella
gura il medesimo negozio offre qualche elemento di simi-
tudine coll'atto del *mancipium;* giacchè la *stipulatio duplae*
ongiunta alla *traditio* rassembra quasi, sin dal principio, a
na *lex venditionis* o *traditionis*, foggiata sulla *lex mancipii*.

Ma quel che più importa è l'ufficio pratico ed econo-
nico, ossia, sotto il nostro punto di vista, la funzione sto-
ica di questo negozio complesso. Esso adempie, rispetto
lla garentia individuale del diritto, la stessa funzione che
a *in iure cessio* rispetto ai modi di alienazione; vale a dire,
sso prosegue economicamente quella evoluzione, che nelle
es mancipi e *nec mancipi* pare isterilita. La *stipulatio duplae*
on si contrae nell'alienazione di qualunque oggetto *nec*
nancipi, ma nell'alienazione delle cose *nec mancipi* più pre-
iose, gioielli, ornamenti preziosi e simili. « Quod autem
iximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut
on ex omni re id accipiamus, *sed de his rebus, quae pre-*
iosiores essent, si margarita forte vel vestis serica vel quid
liud non contemptibile veneat » (1).

Dall'altra parte la *traditio*, unita alla *stipulatio duplae*,
i sostituisce pure alla *mancipatio* nell'alienazione delle *res*
nancipi mobili e specialmente degli schiavi (2).

Nel diritto giustinianeo concorrono per ogni specie di
bbietti, ma più particolarmente per gli immobili, le due
arentie dell'*actio empti* e della *stipulatio duplae*.

---

(1) Ulp., fr., 37, § 1, D., 21, 2.
(2) Cfr. Varr., II, 10, 2.

Capitolo VIII.

Le “ res mancipi „ e “ nec mancipi „ nel diritto familiare e gentilizio.

1. Seguitando a trattare degli effetti giuridici di cui si rilevano vestigia nel diritto classico o nel diritto storico di Roma, veniamo ora a considerare le *res mancipi* e *nec mancipi* in relazione alla famiglia e alla *gens*.

Ne' riguardi della famiglia le *res mancipi* sono, ancora nel diritto storico, obbietto di una special cura, onde non escano dal gruppo agnatizio e gentilizio. Tal è lo scopo che si rileva nelle limitazioni, di cui abbiamo ancora notizia, le quali si connettono a un istituto ben noto nella storia del diritto romano, la tutela della donna: un istituto, che non si giustifica con nessuna ragion naturale « nulla pretiosa ratio suasisse videtur » (1), ma ritrova la sua spiegazione nella custodia gelosa del patrimonio ereditario da parte del corpo familiare (2).

Però nel campo del diritto familiare, e sovrattutto ne' riguardi della *gens*, la dissoluzione è ancor più grave e più antica. Anche quei vincoli che tuttavia sopravvivono ci appaiono indeboliti assai già sul tramonto della repubblica e nella prima età imperiale.

Sulla base delle fonti noi ci proveremo di descrivere codesto movimento storico di dissoluzione.

Alla trattazione facciamo precedere i luoghi de' giureconsulti, sui quali si fonda:

I. Gai., II, 80: « Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse ».

(1) Gai., I, 190.
(2) Gai., I, 192.

II. Gai., II, 85: « Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest: nam qui solvit liberatur obligatione, quia res nec mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt: quamquam hoc ita est si accipiat pecuniam; at si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest ».

III. Ulp., XI, 27: « Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si — rem mancipi alienent — ».

IV. Paul., Fr. Vat., 45: « Tametsi ususfructus fundi mancipi non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienare eum mulier non potest ».

V. Gai., I, 190, 192: « Mulieres — quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam: saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur. 192. Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res mancipi alienandas — auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi — interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus — minus locuples ad eos hereditas perveniat ».

Gai., II, 45-48: « Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia. Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt. (Item olim) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa

tutore (auctore) traditae essent; idque ita lege XII Tabularum cautum erat. Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est».

PAUL., FR. VAT., 1: « (Qui a muliere) sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit, vel falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore; Proculus et Celsus pro emptore; quod est verius; nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit, et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere, et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere ».

PAP., FR. VAT., 259: « Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarum instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipii donationem esse apparuit, servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi; non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est, quoniam morte Cincia removetur ».

PAP., FR. VAT., 264: « Mulier, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit ».

Esempi:

DON. JULIAE MONIMES: Saec. II-III p. C.: « Locus sive is ager est — mancipio acceperunt immunes et curator et plebs universa collegi — de Julia Monime et socis eius sestertio nummo uno donationis causa, tutore C. Memio Orione Juliae Monimes ».

DON. STATIAE IRENES: « Quot mihi Licinnio Timotheo tu Statia Irene, ius liberorum habens, monumentum

suprascriptum H S nummo uno mancipio dedisti, de ea re dolum malum abesse abfuturumque esse a te herede tuo et ab his omnibus, ad quos ea res pertinebit, haec sic recte dari fieri stipulatur Licinius Timotheus, spopondit Statia Irenes, ius liberorum habens ».

NOTIZIE DEGLI SCAVI DI ANTICHITÀ (Acc. dei Lincei), Roma, ottobre 1887, pag. 419 (e più correttamente BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO, 1888, pag. 218-221): I, lib. pomp. (a. 61 p. C):

« Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem et Petrinum — sua esse — eaque mancipia singula sestertiis nummis singulis Dicidia Margaris emit ob sestertios — mancipio accepit de Poppaea Prisci liberta Note, tutore auctore A. Caprasio Ampliato ».

Il principio generale è il seguente: La donna non può alienare una *res mancipi* senza l'*auctoritas* del proprio tutore. Però la condizione delle cose appare assai diversa nel diritto dell'età repubblicana o della prima età imperiale e nel diritto posteriore.

Nel primo periodo l'acquirente consapevole di aver comperato una *res mancipi* da una donna soggetta a tutela senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore, era considerato in mala fede, e pertanto non gli era concessa l'usucapione nè l'acquisto de' frutti per separazione, come ad ogni possessore di b. f.: tal è il principio affermato dai giureconsulti *veteres*, da Sabino e da Cassio, e lo stesso ritiene anche Labeone, qualificando il rapporto dell'acquirente come una *possessio pro possessore*, non già *pro emptore*.

Il principio deriva logicamente dal divieto, e, per quel che concerne la tutela pupillare, si ritrova nel diritto giustinianeo (1).

(1) Fr. 27, D., 18, 1.

Ma nella tutela legittima, cioè degli agnati e gentili (1) la sanzione del divieto è ancor più grave nel corrispondente divieto di usucapione. Il possessore di una *res mancipi*, alienata dalla donna senza l'*auctoritas tutoris*, non può mai usucapire, anche se sia in perfetta buona fede (« etiam si maxime quis bona fide possideat »), com'era il caso, ad esempio, se il possessore attuale avesse acquistato la cosa da un terzo, a titolo singolare. Il divieto di usucapione per questo caso dallo stesso Gaio è parificato a quello che esiste per la *res furtiva* o la *res vi possessa* o il fondo provinciale o l'uomo libero o le cose sacre e religiose; vale a dire, è uno di quei tali divieti di natura obbiettiva, che derivano da un vizio o una qualità inerente all'oggetto e perseguitano l'oggetto stesso in qualunque mano si trovi.

La diversa natura di questo divieto di usucapione è dimostrata eziandio da un elemento estrinseco: che non si capirebbe il riferirsi specialmente al corpo agnatizio, dacchè il divieto di usucapione per l'acquirente consapevole, cioè in malafede, esisteva in qualunque specie di tutela, come conseguenza naturale e sanzione del divieto di alienare. Del resto anche Cicerone, come vedremo in seguito, menziona il divieto di usucapione come una particolarità della tutela legittima.

Qual è l'origine de' due divieti così caratteristicamente distinti? Che l'uno e l'altro appartengano a un'età remota n'è già indizio il fatto che nell'età della giurisprudenza classica ci appaiono affievoliti o scomparsi. Se non che abbiamo indizî più positivi. Rispetto al primo divieto, Paolo si riporta fino ai giureconsulti *veteres*, i quali però non creano, ma presuppongono il divieto, studiando la posizione giuridica dell'acquirente: onde il principio stesso doveva

(1) [Gaio menziona soltanto gli agnati, perchè a suo tempo *omne ius gentilicium*, osserva egli, *in desuetudinem abiit* (Gai., I, 164 *a* (passo lacunoso); III, 17); ma Cicerone (*Ad Att.*, 1, 5, 6; *Pro Fl.*, 34, 84; v. in seguito) parla in proposito della tutela legittima e intende precisamente, almeno in uno dei due testi, di quella dei gentili].

essere sancito dalle XII Tavole, a cui si riannodano i commenti de' *Veteres*. Ma rispetto al secondo, la sanzione del principio è riferita da Gaio apertamente alle XII Tavole (« idque ita lege XII Tabularum cautum erat »); un ricordo molto esplicito, a cui lo induce forse il fatto che al suo tempo il principio era una mera notizia storica, che tornava opportuna solo per render chiara con più esempi la natura di quei tali divieti obbiettivi di usucapione, su cui molto si trattiene Gaio (II, 45-51).

Siamo adunque in presenza di un diritto antichissimo, poichè ciò che fu sancito dalle XII Tavole si può in massima, e specialmente quando ciò sia consigliato dallo sviluppo storico-giuridico, ritenere come anteriore alle medesime.

Ma già sul cadere della repubblica, e più ancora nel primo periodo dell'età imperiale l'istituto della tutela muliebre coi diritti ad esso inerenti ci compare profondamente alterato. Ed è notevole specialmente nel caso nostro come i giureconsulti, per cancellare o elidere gli effetti della tutela muliebre, abbiano messo in opera ogni sorta di espedienti.

Primamente la tutela testamentaria, la dativa e l'optiva, furono ridotte a una mera forma, e il tutore, quando si rifiutasse a interporre la sua *auctoritas*, poteva esservi costretto dal magistrato (1). L'istituto della tutela muliebre appare già così scosso al tempo di Catone e di Cicerone (2).

Più gravi colpi ebbe a subire la tutela legittima propriamente detta, cioè agnatizia e gentilizia, come quella ch'era più specialmente onerosa alle donne. E dapprima fu delusa dai giureconsulti per mezzo dello spediente della *coëmptio tutelae evitandae vel mutandae gratia* (3); dipoi alla metà del I secolo di C. abolita da una *lex Claudia* (4). Al

---

(1) Gai., I, 190; II, 122.
(2) Liv., 34, 2, 11. — Cic., *Pro Mur.*, 12, 27.
(3) Gai., I, 114-115. — Cfr. 166 a 195. — Ulp., XI, 5.
(4) Gai., I, 117, 171. — Ulp., XI, 8.

tempo di Gaio sopravvive soltanto coll'antico vigore e coll'antico carattere la tutela *patronorum et parentum manumissorum*, introdotta dai giureconsulti a simiglianza della vera tutela legittima sancita dalle XII Tavole (1).

Ma già durante questo movimento generale del costume e del diritto contro l'istituto della tutela, i giureconsulti avevano ricorso a ogni sottigliezza per eludere possibilmente gli effetti della tutela muliebre. Per quel che riguarda il divieto di alienazione delle *res mancipi*, Proculo e Celso creano una sottil distinzione: La donna non può alienare la *res mancipi* stessa, ossia la proprietà della cosa, senza l'*auctoritas* del proprio tutore e pertanto l'acquirente consapevole della mancanza di *auctoritas* o della frode sarà pur sempre un possessore di mala fede rispetto alla proprietà della *res mancipi*. Ma la donna può ben alienare liberamente la *possessio* della cosa, poichè la *possessio* è cosa incorporale e quindi *res nec mancipi* (2); quindi rispetto alla *possessio rei* l'acquirente è un possessore di b. f., *pro emptore*, e, come ogni possessore di b. f., fa suoi i frutti « quia scilicet voluntate dominae percipit ».

Infine Giuliano, ove l'acquirente abbia consegnato il prezzo alla donna, riconosce come possibile anche l'usucapione: e ciò afferma sulla base di una *constitutio Rutiliana*.

Il divieto continua invece rigorosamente, ancora al tempo di Papiniano, per ciò che concerne le donazioni (Fr. Vat., 259). Ma ciò non deve maravigliare come una contraddizione. Può osservarsi che l'analogia sulla base del prezzo non pagato nelle donazioni non ha luogo; ma la ragione vera è nelle prescrizioni positive della *Lex Cincia*, la quale

---

(1) Gai., I, 165. — Ulp., XI, 4.

(2) La stessa distinzione è fatta relativamente alla tutela pupillare (Marc., fr. 11, D., 41, 1. — Ulp., fr. 29, D., 41, 2), ma non conduce alle medesime conseguenze neppure per diritto antegiustinianeo, poichè il pupillo « alienare nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem ».

riduce nel nulla la donazione e l'alienazione fatta dal donante per qualunque vizio o difetto di perfezione, concedendo al donatore e all'erede stesso una *exceptio perpetua*.

Nondimeno, anche nel caso di donazione, il donatario si giova contro gli eredi della *exceptio doli*, se la donna non mutò volere (Fr. Vat., 259; cfr. anche 266).

Inoltre nelle donazioni della madre ai figliuoli, per quel favore che ottennero le *donationes inter liberos*, la interposizione dell'*auctoritas* non si reputò necessaria (Fr. Vat., 264).

Quanto al secondo effetto, il divieto obbiettivo di usucapione, che si connette con la tutela legittima propriamente detta, cadde naturalmente con l'abolizione della tutela agnatizia.

Ne' secoli successivi la tutela del sesso venne sempre più a decadere. L'ultima menzione che se ne abbia è in un editto di Diocleziano (1); ed essa doveva essere sparita completamente, quando Valentiniano II permetteva alla madre di esser tutrice del proprio figlio (2). Insieme con la tutela muliebre disparve naturalmente anche l'ultimo vestigio di questo limite all'alienazione della *res mancipi*.

Ma su questo punto istesso notiamo una interessante analogia nell'evoluzione del diritto moderno, la quale può considerarsi pure come un ricorso. Il diritto barbarico, conforme a quel che rilevammo in tutti i diritti primitivi, escludeva le donne dalla successione ne' beni immobili di fronte agli agnati e le ammetteva solamente nelle cose mobili, *pecunia et mancipia* (esclusi tuttavia i *mancipia* addetti alla coltivazione e legati al suolo: come probabilmente s'intendevano gli antichi *servi mancipi* del diritto romano). Ora in molte legislazioni posteriori e in molti Statuti, si ritrova un principio che deriva da una mitigazione di quel rigore primitivo: la donna succede anche negli immobili, ma nella

---

(1) *Fr. Vat.*, 325.

(2) L. 4, *Cod. Theod.*, 3, 17; L. 2, C., 5, 35. [Il *ius liberorum* è indicato in due papiri egizî del 271 e del 350].

alienazione è limitata dal diritto e dall'intervento degli agnati o dei parenti. La quale mitigazione è correlativa alla evoluzione della potestà sulla donna: il mundio o *potestas* diviene *Vormundschaft* o tutela. Presso noi l'ultimo vestigio di questa limitazione è l'autorizzazione maritale, necessaria appunto in tutte le disposizioni relative a immobili.

Il confronto che abbiamo fatto potrebbe anche far sospettare sin d'ora che nell'antichissimo diritto romano la donna non solo fosse limitata nell'alienazione delle *res mancipi* dalla tutela degli agnati e gentili, ma non fosse chiamata a succedere in quelle. Certo la tutela muliebre ha molto chiaramente il carattere di una *potestas* indebolita (1): essa è perpetua, gerita nell'interesse degli agnati e d'altra parte è detto espressamente da Gaio che non ha lo stesso fondamento della tutela pupillare.

Osserviamo che l'ipotesi non è nuova interamente. Già il Hugo opinò che le donne nel diritto primitivo di Roma fossero escluse dalla successione e l'opinione stessa è ora comune fra gli studiosi del diritto primitivo. Nuova è soltanto la forma nella quale noi la presentiamo e mediante la quale la congettura ci sembra conquistare un grado maggiore di probabilità, giovandole più direttamente e precisamente l'argomento del diritto comparato e la relazione col nostro tema. [Il carattere sovrano, che io ora riconosco nettamente alla *hereditas* primitiva, ribadisce questa opinione, ma a un tempo stesso la colloca sopra un terreno totalmente diverso].

2. Uno sviluppo affatto diverso della tutela muliebre relativamente al nostro tema descrive il Voigt (2). Più ragioni ci vietano di passar sotto silenzio la teoria del Voigt,

---

(1) La tutela muliebre è detta talora anche *manus* e quasi concepita come tale. Liv., 34, 2, 11: « Maiores nostri — in manu esse parentum, *fratrum*, virorum (voluerunt feminas) ».

(2) Voigt, *Ius nat.*, IV, pag. 543-561.

benchè ci apparisca errata: e l'autorità grande dello scrittore e la speciosa apparenza di vero, con la quale si presenta la sua teoria, e l'uso pericoloso di fonti non giuridiche. D'altra parte anche la confutazione, che ne daremo, servirà a porre in maggior luce il nostro concetto.

Conforme alla sua idea che la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* sia di data recente e sorta nell'ultima età repubblicana, l'autore si studia di mostrare che di data recente sieno gli effetti giuridici ad essa relativi. Laonde, in via preliminare, nega che nelle XII Tavole il divieto di alienazione fosse limitato alle *res mancipi:* «Gaio (II, 47) attribuisce alle XII Tavole il risultato di uno sviluppo giuridico molto più tardo: egli lavora colla memoria ed è tratto in inganno dalla sua memoria (*sic*, pag. 549), e più particolarmente, è inverosimile che gli *agnati tutores* sieno stati in quella guisa privilegiati di fronte ai *gentiles legitimi tutores* (ibid.) ».

La prima affermazione è comune in quegli scrittori che ritengono di data recente la distinzione. In una forma più persuasiva fu espressa dal Ferrini nella recensione al primo fascicolo di questo lavoro. Riferiamo le sue parole, poichè esse mettono in luce ben più attraente l'asserzione del Voigt: « Se le XII Tavole avessero vietato alla donna, ch'era in tutela degli agnati, di mancipare *sine auctoritate*, il giurista poteva benissimo applicare quel testo all'alienazione delle *res mancipi.....* Tant'è vero che Gaio non dice avere le XII Tavole sancito tal regola per l'alienazione delle *res mancipi;* ma dopo averla esposta, aggiunge che il fondamento di essa era nelle XII Tavole » (1). Ora in primo luogo gli elementi sui quali si fonda la repugnanza del Ferrini ad accettare la parola di Gaio, ci sembrano distrutti da tutto lo studio precedente. La distinzione presente è la espressione di un fenomeno necessario ed universale, non opera cosciente e riflessa di giureconsulti: se non si vuol la

(1) *Monitore dei Tribunali*, 7 aprile 1888, vol. XIX, pag. 296.

presente, i Decemviri avrebbero dovuto conoscerne un'altra; ma la natura della distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* è tale ch'essa doveva essere così costituita anteriormente alle XII Tavole, in un tempo in cui non v'eran altri schiavi, se non quelli addetti alla coltura della terra, e non si conoscevano nè servitù urbane nè usufrutto.

Ma v'ha una osservazione particolarissima a fare. Gaio non parla nel passo controverso del divieto di alienare imposto alla donna e nemmeno del divieto di usucapione corrispondente a quello. Gaio — nè il Voigt l'osserva — parla di un divieto obbiettivo di usucapione, che investe ormai la cosa stessa, acquistata anche in perfetta buona fede, e come esempio di un siffatto divieto inerente alla cosa, reca, tra gli altri, il caso di una *res mancipi* alienata dalla donna soggetta a tutela agnatizia. Laonde la disposizione delle XII Tavole alla quale Gaio si riporta è difficile che si limitasse a sancire semplicemente il divieto di mancipare *sine auctoritate tutoris* nella donna; essa doveva verosimilmente portare un divieto specifico di usucapione relativamente all'obbietto. Nè Gaio dice per vero che il fondamento della regola era nelle XII Tavole, ma recisamente che le XII Tavole avevano disposto così.

Quanto alla seconda obbiezione del Voigt osserviamo: È certamente da ritenere che in mancanza di *agnati* fossero nell'antico diritto chiamati come alla successione così alla tutela i *gentiles;* il principio è intanto sicuro per ciò che concerne la cura de' furiosi (1). Però codesto diritto dei gentili era nell'età imperiale così pienamente andato in dileguo, massime in ordine alla tutela, che i giureconsulti, pur riferendosi alla legge delle XII Tavole, non fanno parola di *gentiles legitimi tutores*, ma solo di *legitimi agnati* (2) e di altri introdotti *per consequentiam* o *per interpretationem*, come

---

(1) XII Tav. — Cfr. Cic., *De inv.*, II, 50. — Fr. 53, D., 50, 16.
(2) Gai., I, 155. — Ulp., XI, 3. — D. *de leg. tut.*, 26, 4.

parentes e i *patroni* (1); e, ciò che fa cadere anche l'ombra
li un dubbio, perfin trattando la cura de' furiosi ricordano
solo gli agnati (2), salvo unicamente il luogo di Paolo, nel
quale si riportano le parole della legge. Sicchè *agnati*
utores nell'età imperiale è sinonimo di *legitimi tutores;* e
così avviene che rispetto alla *lex Claudia* Gaio la dica abo-
itiva della tutela agnatizia, Ulpiano della legittima (3).

Veniamo ora alla teoria positiva del Voigt. Ripetiamo —
perchè questo è già causa di confusione — che il Voigt non
igura la diversa caratteristica natura de' due divieti di usu-
capione.

L'autore distingue tre periodi nello sviluppo della tutela
lel sesso rispetto alla questione che ci occupa.

Nel primo periodo *tutte le donne* soggette a qualunque
utela sarebbero state in condizione eguale, e nella capacità
giuridica perfettamente equiparate ai pupilli: vietata quindi
'alienazione e conseguentemente l'usucapione di qualunque
oggetto (non delle sole *res mancipi*). Il principio delle XII Ta-
vole, a cui Gaio si riporta, doveva essere così concepito:
« Eorum qui in tutela sunt, res usucapi non possunt, prae-
erquam si ab ipsis tutore auctore traditae essent ».

Nel secondo periodo, rappresentato dall'epoca di Cice-
one, il divieto di alienazione e di usucapione sussiste solo
per *le donne soggette alla tutela legittima*. Per le donne sog-
gette ad altra tutela, l'alienazione compiuta senza l'*aucto-*
ritas aveva per effetto di trasferire nell'acquirente così il
possesso *ad usucapionem* come la *Publiciana* e l'*exceptio*
r. v. et tr.

Nel terzo periodo, rappresentato dai giureconsulti impe-
iali, la posizione indipendente che le donne avevano con-
quistato di fronte ai *tutores testamentarii*, *optivi*, *cessicii*,
iduciarii, *dativi* è raggiunta dalle medesime anche di fronte

(1) Ulp., XI, 3. — Gai., I, 165.
(2) Gai., II, 64. — § 3, I, 1, 23.
(3) Gai., I, 157; 171. — Ulp., XI, 8.

ai *tutores legitimi*. Però sotto un altro rispetto questa posizione indipendente *è di nuovo limitata*, cioè quando si tratti dell'alienazione di una *res mancipi*.

Esaminiamo ora le fonti recate dal Voigt per ciascun periodo.

A) Per il primo periodo:

Liv., 34, 2, 11 (sono parole di Catone nella difesa della legge Oppia): « Maiores nostri nullam ne privatam quidem, rem agere feminas sine tutore auctore, voluerunt ».

Cic., *Pro Mur.*, 12, 27: « Mulieres omnes — maiores in tutorum potestate esse voluerunt ».

Dal testo di Livio argomenta il Voigt che nel periodo più antico le donne non avessero facoltà di alienare nè *res mancipi* nè *res nec mancipi* senza l'*auctoritas* del proprio tutore. Opponiamo anzitutto una eccezione perpetua: attribuire alle frasi vaghe, enfatiche, finte in una orazione da uno storico dell'impero il valore di una testimonianza giuridica precisa e positiva nel campo del diritto privato e appunto dell'antico diritto privato, che lo storico probabilmente non conosceva troppo bene, nè gli tornava ad onta il non saperne, non val niente meglio che trarre il principio della propria fantasia, anzi può essere uno spediente peggiore. Ma lasciando pure queste considerazioni e lasciando di rilevare l'enfasi liviana nel finto discorso di Catone, o non poteva dirsi genericamente anche nel linguaggio piano e volgare che le donne « nullam rem agere possunt sine tutore auctore », quando la *tutoris auctoritas* è necessaria alle donne « si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, etc. » (1), cioè, brevemente in tutti i negozî del *ius civile*, in tutti quei negozî giuridici, che nella concezione volgare sono tenuti in conto di tali? Non avviene al dì d'oggi di usare nel linguaggio ordinario le stesse frasi a esprimere le stesse idee? p. es. che la donna maritata non

(1) Ulp., XI, 27.

può alienare, non può compiere atti giuridici senza l'autorizzazione del proprio marito, mentre la prescrizione anche presso noi ha valore per l'alienazione dei soli beni immobili e per quegli altri atti giuridici tassativamente determinati dalla legge e sebbene la capacità civile della donna moderna soggetta all'autorizzazione maritale sia molto meno limitata che non la capacità civile della donna romana soggetta a tutela? (1).

Ma v'ha ancora di più: l'osservazione di Catone non è nemmeno diretta contro una libertà qualunque delle donne nella vita privata, ma contro il loro immischiarsi nelle cose e nella vita pubblica (chè veramente nell'abrogazione della legge Oppia l'interesse delle dame romane si era dimostrato in una maniera assai comica e vivace) (2): la *privata res* è introdotta qui a mo' d'antitesi enfatica, onde lo scopo oratorio farebbe pur lecita una amplificazione. All'osservazione

---

(1) Si può dire di più: che nemmeno le definizioni generiche dei giuristi possono valere come testimonianza di un principio giuridico specifico e preciso; poichè spesso l'intenzione del giureconsulto non è di enunciare un principio che sia vero in tutte le sue conseguenze, ma che sia tale nei suoi elementi essenziali o applicabile al caso in questione, e spesso anche i giureconsulti romani non avvertono l'errore del concetto generico.

Ciò è ovvio e risaputo da qualunque romanista: nella fine del presente capitolo dovremo però notare in un passo di Gaio un esempio evidente di simil genere, di perfetta analogia col caso presente, e un equivoco pure evidente del Voigt, cagionato dall'incompleta lettura del passo di Gaio.

(2) « Matronae nulla, nec auctoritate, nec verecundia, nec imperio virorum contineri limine poterant; omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant, viros descendentes ad forum orantes, ut, florente republica, crescente in dies privata omnium fortuna, matronis quoque pristinum ornamentum reddi pateretur. Augebatur haec frequentia mulierum in dies. Nam etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Iam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant » (Liv., 34, 1). — « Haec quum contra legem proque lege dicta essent, aliquanto maior frequentia mulierum sese in publicum effudit, unoque agmine omnes tribunorum ianuas obsederunt, qui collegarum rogationi intercedebant: nec ante obstiterunt quam remissa intercessio ab tribunis esset » (Liv., 34, 8).

che i *maiores* han creato istituzioni per frenar le donne anche nella vita privata segue immediatamente il concetto capitale dell'antitesi: « Nos iam etiam rempublicam capessere eas patimur, et foro prope, et concionibus et comitiis immisceri ». Siccome questo è il concetto capitale e l'oratore vi si ferma e lo spiega, così è stornato il pericolo e tolta la lusinga a chiunque d'interpretare che le donne romane avessero conseguito un certo diritto al voto e alle magistrature. « Quid enim nunc aliud per vias et compita faciunt quam (aliae *ins.*) rogationem tribunorum plebis suadent, aliae legem abrogandam censent? ».

Sicchè l'argomento del testo liviano non solo non ha veruna consistenza, ma il pensiero dello storico segue tutta un'altra via; il testo e tutto il luogo è assolutamente estraneo. Nessun diritto poi, ch'io sappia, perfin quando escluda il sesso femminile assolutamente dalla successione nei beni sociali, ha mai negato alle donne, soggette a tutela come donne, non come pupille, facoltà di disposizione relativamente ai beni della categoria inferiore.

Il secondo testo citato, di Cicerone, dovrebbe significare che nel periodo più antico il divieto generale esisteva per tutte le donne soggette a tutela, non solamente per le donne soggette a tutela legittima, come (secondo il Voigt) al tempo suo. Di nuovo, questo non si legge affatto nel testo di Cicerone: l'oratore non suppone un mutamento nel diritto. Ancora al suo tempo e fino alla *lex Iulia et Papia Poppaea* tutte le donne *sui iuris* sono soggette a tutela, come al tempo de' suoi maggiori: Cicerone riguarda l'indebolimento intrinseco della tutela successo per la creazione de' *tutores fiduciarii*. Di nuovo il testo è assolutamente estraneo, perchè l'opposizione è fatta tra i *tutores fiduciarii* e tutte le altre specie di tutela, non già tra tutte queste altre specie e i *tutores legitimi*. Ecco infatti come si esprime l'oratore:

« Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ex iureconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac

depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt: ***hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur*** ».

B) Per il secondo periodo:

Cic., *Ad Att.* (686 u. c.), 1, 5, 6: « De tutela legitima, in qua dicitur puella, nihil usucapi potest ».

Cic., *Pro Fl.* (695 u. c.), 34, 84: « Nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui ».

I testi citati, specialmente il primo, si presentano con più speciosa apparenza dei precedenti e mostrano di enunciar veramente principî giuridici concreti e particolari. Ma se hanno un significato, esso è pienamente a favore della nostra costruzione.

E per rilevare questo significato esaminiamo più addentro il contenuto dei due luoghi.

Il primo è una lettera. Attico aveva consigliato un certo Tadio di non prendersi più briga d'un suo affare « quoniam hereditas usucapta esset: » e Cicerone gli scrive, meravigliandosi come avvenga ch'egli ignori non potersi nulla usucapire (nihil usucapi *posse*) contro la tutela legittima, in cui la giovine si trova.

Nel secondo ribatte, molto prolissamente e con vivace colorito oratorio, l'accusa mossa a Lucio Valerio Flacco di aver usurpata a un tal Androne Sestilio l'eredità di sua moglie, una Valeria, morta intestata, della quale Lucio, essendo la donna, come vien detto, ingenua, era tutore legittimo nel senso proprio, cioè come agnato. Opponevano gli avversari prima, con poco senno, che la donna era ingenua, dipoi ch'ella « in manum convenerat »; onde sarebbe stato rotto il vincolo col gruppo agnatizio e con esso la soggezione tutoria e il diritto eventuale degli agnati all'eredità.

Ma in qual modo? esclama Cicerone. Non per la *coëmptio in manum*, poichè è necessaria l'*auctoritas* di tutti i tutori e Flacco non l'interpose di certo; non, parimente, per l'*usus*, poichè non si può menomare in nulla i diritti della tutela

legittima (*nihil potest de tutela legitima — deminui*), senza l'*auctoritas* di tutti i tutori (1).

Ora quanto al divieto di alienazione questo secondo passo è schiettamente estraneo, poichè rispetto ai divieti di alienazione o di usucapione esso non c'insegna nulla. L'oratore, rivolgendosi a un avversario, che si mostra tanto sapiente nel diritto (*O peritum iuris hominem!*) insegna una cosa molto semplice: che non si può, senza l'approvazione di tutti i tutori, menomare i diritti della tutela legittima; ma qual'è la natura della tutela legittima, quale il limite de' suoi diritti? Da Cicerone nol potremmo sapere, ma è chiaro ch'egli pensa a tutt'altra cosa che non le alienazioni compiute dalle donne. A lui importa di rilevare che, in conseguenza di quel principio tanto semplice, Androne Sestilio non poteva aver acquistato la *manus* sulla sua donna, essendo appunto la *conventio in manum* uno de' casi in cui si richiede l'*auctoritas* de' tutori (2).

Che poi Cicerone limiti il discorso alla tutela legittima non sarebbe mirabile dacchè appunto su quella versa il suo

---

(1) Per una più chiara intelligenza del ragionamento presentiamo i due testi di CICERONE nella loro interezza: *Ad Att.*, 1, 5, 6: « De Tadiana re mecum Tadius locutus est te ita scripsisse nihil esse iam quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset. Id mirabamur te ignorare de tutela legitima, in qua dicitur puella, nihil usucapi posse ». *Pro Fl.*, 34, 84: « At enim Androni Sextilio gravis iniuria facta est et non ferenda: quod quum esset uxor eius Valeria intestato mortua, sic egit eam rem Flaccus quasi ad ipsum hereditas pertineret. In quo quid reprehendas scire cupio: quod falsum intenderit? Qui doces? Ingenua, inquit, fuit. O peritum iuris hominem! Quid? ab ingenuis mulieribus hereditates lege non veniunt? In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. Sed quero, usu an coëmptione? Usu non potuit. Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. Coëmptione? omnibus ergo auctoribus. In quibus certe Flaccum fuisse non dices ».

(2) Ciò è ripetuto da Gaio per il caso della *coëmptio in manum* « illis auctoribus coëmptionem facit » (I, 115). Non è ripetuto lo stesso per l'*usus*, perchè al tempo di Gaio questo modo di acquisto della *manus* e tutti i principî relativi ad esso erano pienamente cancellati per legge o desuetudine (I, 111).

ragionamento. Ma, senza passarcene così, ripeteremo cose assai note: è un fatto certo che, nella generale decadenza della tutela del sesso, la tutela legittima fu la sola che durò lungo tempo con reale efficacia, *e i soli tutori legittimi non potevano essere costretti ad interporre la loro auctoritas;* la quale efficacia, dopo l'abolizione della tutela legittima propria, cioè agnatizia e gentilizia, si conservò nella tutela legittima impropria de' genitori o de' patroni.

Quanto al primo testo di Cicerone, per quel che concerne la *generalità del divieto* (*nihil usucapi potest*), si potrebbe ripetere che intento dell'autore non è di porgere una definizione giuridica precisa, che nel linguaggio ordinario le *res mancipi* come presso noi le cose immobili esauriscono il patrimonio: ed è questa, a mio avviso, la schietta interpretazione del passo ciceroniano. Ma se si vuole, per accidente, che lo scrittore abbia espresso il suo pensiero con precisione matematica, dirò che è pienamente esatta la frase che contro la tutela non si può nulla usucapire, giacchè per l'alienazione delle *res nec mancipi* da parte delle donne soggette a tutela, non essendo necessaria l'*auctoritas tutoris*, l'accipiente le acquista immediatamente e non viene mai a trovarsi nella condizione di doverle usucapire, per questo vizio nell'atto d'acquisto, la mancata *auctoritas*.

Venendo poi al secondo punto, la *limitazione del divieto alla tutela legittima*, osserviamo senz'altro che una siffatta limitazione è pienamente giusta e regolare, quando si pensi che soltanto nella tutela legittima della donna vigeva, ancora al tempo di Cicerone, oltre al divieto ordinario di usucapione ch'è sanzione del vincolo di alienazione, anche quel divieto assoluto e rigoroso, che equiparava la *res mancipi* nel caso in questione a una *res furtiva* o a una *res extra commercium*.

Vero è che Cicerone accenna ad una *usucapio hereditatis*. Noi sappiamo che v'avea nel diritto più antico una *improba usucapio hereditatis*, mediante il possesso annuale delle cose ereditarie, la quale venne poi sostanzialmente

cancellata dall'imperatore Adriano (1). È ben probabile che la fanciulla fosse stata chiamata a un'eredità e prima di andarne al possesso, altri avesse usucapito un fondo e quindi l'eredità stessa. Si comprende che la figura del caso poteva implicare tali elementi di fatto e di diritto da giustificare l'errore di Attico, se pur questo versava in errore.

C) Per il terzo periodo:

Il nuovo ordinamento della tutela muliebre rispetto ai vincoli di alienazione e di usucapione, che è rappresentato dai giureconsulti imperiali, data, secondo il Voigt, dal tempo della *constitutio Rutiliana*, *menzionata* nel fr. Vat., 1, la quale, secondo il Voigt, sancì per la prima volta la piena validità della vendita di cose *nec mancipi* da parte delle donne soggette a tutela. Il testo della *constitutio* sarebbe stato il seguente: « Qui a muliere rem nec mancipi emit et accepit, pretio dato, eius rei dominus est ».

Ora il testo della *constitutio Rutiliana* è una ricostruzione del Voigt; e come ricostruzione non piace nemmeno (2); e sulla base di essa il Voigt crea uno sviluppo storico-giuridico irregolare, in quanto che, nella ipotesi dell'autore, la libertà conquistata dalla donna non soggetta a tutela legittima, nella sua attività patrimoniale, verrebbe col progresso della società romana e del diritto ad essere nuovamente limitata rispetto alle *res mancipi*, ossia in effetto

---

(1) Gai., II, 52-59.

(2) Di questa *constitutio Rutiliana* furono tentate altre diversissime ricostruzioni: Huschke (*Zeitschr. für Civ. Recht und Proc.*, 1856, XIV, 20, n. 3): « Foeminam si mancipi rem, sine tutoris, praeterquam legitimi agnati, auctoritate, alienasset, nisi refuso pretio, quod pro ea accepisset, improbe eam rem vindicare »; Buchholtz (*Vat. Fr.*, pag. 4, n. *propter*): « Ei, quem rei venditae et traditae exceptio tuetur, publiciana in rem actio competit ». — Nessuna resiste alla critica. Lo Squitti ripete senz'altro il testo ricostruito o meglio costruito dal Voigt, ed è il punto in cui meno soddisfa il Bonghi. — Per vero l'unica fonte diretta è il *Fr. Vat.*, 1; ora consideri il lettore se in base a quel frammento, che menziona la *constitutio Rutiliana*, si possa ricostruire il testo preciso di questa e più particolarmente attribuirle una tanta rivoluzione.

quasi distrutta; la quale innovazione non è nemmeno per questa parte essenziale in relazione logica col testo ricostruito della *constitutio Rutiliana*.

Ma v'ha infine una cosa grave. Il dotto scrittore, male adoperando l'ingegno e la dottrina maravigliosa a sostenere una tesi infelice, mi sembra incorso in una distrazione scientifica. L'autore della *constitutio* — che sarebbe una delle *constitutiones* o *regulae veterum* secondo il Dirksen e il Voigt, o, secondo il mio avviso, piuttosto un principio edittale — P. Rutilio Rufo fu pretore nel 646 (108 a. C.), console nel 649 (105 a. C.); adunque la costituzione e con essa il nuovo principio della libera alienazione delle *res nec mancipi* si pone in sullo scorcio della prima metà del VII secolo di Roma. Tutto questo è ammesso pienamente dal Voigt (p. 561). Or come, si domanda, Cicerone, che visse nell'ultima metà di quel secolo e nel principio del successivo e ricorda Rutilio come un uomo del tempo che fu, Cicerone, che scrisse quella lettera ad Attico nel 686 (68 a. C.), recitò l'orazione *pro Flacco* nel 695 (59 a. C.), viene invocato dal Voigt come rappresentante di un periodo anteriore, di un dritto modificato radicalmente e apertamente dalla *constitutio Rutiliana?*

L'infelice costruzione del Voigt è la miglior riprova che la teoria sviluppata da noi, seguendo assolutamente e rigorosamente i testi giuridici, è la sola vera e possibile (1).

---

(1) Osserverò che nel valersi di fonti non giuridiche o testi vaghi e generici e nell'argomentare sviluppi storici, l'illustre A., anche all'infuori del nostro tema è spesso ben poco felice. Così, per recare un esempio affine, paragonando la tutela muliebre e la tutela pupillare relativamente alla validità di pagamenti fatti alle donne o ai pupilli (pag. 547, n. 120), egli scopre dal tempo di Cicerone al tempo di Gaio una variazione di dritto che non esiste *assolutamente*. Cicerone (*Top.*, 11, 46) si esprime così: « Non quemadmodum quod mulieri debeas recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas, item quod pupillo aut pupillae debeas recte possis eodem modo solvere ». Il debitore adunque paga bene se paga alla donna, non paga bene se paga al pupillo. Ora nota il Voigt, al tempo di Gaio vale tuttavia per la donna lo stesso principio, ma è radicalmente modificato il principio relativo ai pupilli. Gai., II,

Capitolo IX.

Le " res mancipi „ e " nec mancipi „ rispetto alla istituzione del censo e al diritto successorio.

1. Prima di passar oltre alla ricerca sul fondamento e sull'origine, convien tener parola di due effetti più remoti, circa i quali non si hanno dati positivi.

In primo luogo la relazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* col censo.

Nessun testo veramente c'insegna che le *res mancipi* sieno state in qualunque tempo le sole cose censite e imponibili. Nondimeno una siffatta caratteristica parve agli scrittori più gravi talmente consona alla natura e alla costruzione delle *res mancipi*, che non pure si ritenne che le *res mancipi* si riscontrassero, almeno in origine, colle *res censui*

83: « At ex contrario (omnes res tam mancipi quam) nec mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est ». Ma fin qui il testo è generico ed ha riguardo solamente alla posizione della donna o del pupillo. Quel che segue mostra che nemmeno un giurista, enunciando una formula generica o riferendosi a una posizione o a un caso speciale, può valere come testimonianza di un principio giuridico preciso. Se non che il giurista, cui interessa in una esposizione sistematica di sviluppare tutte le conseguenze pratiche del principio, soggiunge subito la differenza specifica: Ibid., 84-85: « Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, *sed ipse non liberatur*, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est. — Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest; *nam qui solvit liberatur obligatione*, quia res nec mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt ».

La differenza tra un pagamento valido e un pagamento nullo dalla parte del debitore pare veramente abbastanza grave; ed è quella stessa, alla quale allude Cicerone, il cui monito è rivolto appunto alla persona del debitore (« *debeas — solvas — possis solvere* »).

censendo, ma che la predetta caratteristica fosse assolutamente causa originaria della distinzione. Perciò fui tratto a toccare dell'esistenza di questo effetto, discutendo l'opinione che vi fonda l'origine; e se non mi parve acconcio di supporre che la distinzione sia nata colla istituzione del censo — che sarebbe sempre una origine accidentale e riflessa, mentre la necessità e la vitalità di una simile classificazione suppone una origine naturale e spontanea — osservai però che argomenti e induzioni abbastanza valide, indipendentemente da qualunque preoccupazione sistematica, potevano rendere verosimile la relazione assoluta o più diretta delle *res mancipi* col censo nell'età più antica (1). Ora, se poniam mente alla natura e alla costruzione delle *res mancipi*, quale risulta dallo studio compiuto fin qui, se richiamiamo che l'imposta o per lo meno l'imposta fondamentale suol essere stabilita sui beni più pregiati dalla società e più considerati dal diritto, la verosimiglianza può arrivare molto vicino alla certezza storica.

Considerando i progressi del sistema tributario nelle nazioni civili, niente rileva che un simile stato di cose non si scopra nell'ultimo periodo della repubblica romana.

Aggiungo che se il dubbio non fosse nato nella mente del Mommsen, oserei forse con una maggior sicurezza opinare che l'estensione delle *res censui censendo* sia dovuta meglio all'arbitrio del censore, cioè all'inserzione semplice di nuovi capitoli nella *lex censui censendo* che non a leggi speciali; se pur vogliasi chiamare arbitrio la potestà indefinita e feconda dei magistrati romani. La censura di Marco Catone n'è, in proposito, l'esempio più famoso. Essa traccia visibilmente un mutamento negli obbietti del censo: e certamente non isfugge che il mutamento risponde appunto agli inizî della grande rivoluzione economica e sociale.

Finalmente, com'è a credere che le *res mancipi*, essendo le sole cose censite, regolassero originariamente il *tributum*

---

(1) Vedi sopra pag. 60-62.

ex censu, così parimente si deve ritenere che sulla base delle *res mancipi* fosse regolato in origine l'ordinamento delle classi.

2. L'altro elemento riguarda nuovamente il diritto familiare.

V'ebbe nel diritto romano più vetusto la distinzione primordiale tra beni familiari o aviti e beni proprî o acquisiti?

L'ipotesi del Jhering viene in effetto a porre nell'antico *ius civile* di Roma la distinzione stessa e il vincolo correlativo in ordine al diritto successorio (1). La distinzione sarebbe rappresentata appunto dalle *res mancipi* e *nec mancipi*, cioè dalla *familia* e dalla *pecunia*, secondo la diversa significazione originaria ch'egli attribuisce alle due voci. Tale diversa significazione egli scopre nelle XII Tavole: e dalla lezione ordinaria del testo delle XII Tavole relativa alla facoltà di testare inferisce che il *paterfamilias* potesse disporre liberamente soltanto della *pecunia*, ossia delle *res nec mancipi* (2). « Solo l'alterazione posteriore nell'uso della parola ha potuto ingannare i giuristi romani e i nostri odierni giuristi sull'antitesi piena di senso delle due espressioni nelle XII Tavole ».

Esaminiamo senza preoccupazioni l'ipotesi del Jhering, e vediamo se dall'esame si possa concludere ch'ella si debba accettare o rigettare, o anche se contenga solamente qualche parte di vero.

---

(1) Vedi sopra pag. 66-67.

(2) XII Tav.: « Uti legassit super *pecunia* tutelave suae rei ita ius esto » « Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus *familiam* habeto ». — « Si adgnatus nec escit, gentiles *familiam* habento ». — Si confronti il testo di un'antica legge inglese di Enrico I: « *Adquisitiones suas* det cui magis velit; si *bocland* (*ager privatus*, iscritto come tale nei registri pubblici, *censui censendo, mancipi* — opposto a *Volkland: ager publicus*) autem habeat, quam ei parentes sui dederint, non mittat eam extra cognationem suam ».

Intanto non fa mestieri nemmeno di ricordare come sia perfettamente consono all'alterazione e all'evoluzione delle parole che l'uso di voci parallele, un tempo distinto, divenga più tardi promiscuo, o si usino isolate o congiunte in una espressione piena, la quale per una religiosa e formalistica osservanza si serba inalterata anche quando le singole voci non hanno più significato diverso dall'unione loro.

Nè avviene ragionevolmente di dubitare che le voci *familia* e *pecunia*, così chiaramente distinte nella etimologia e negli usi più comuni, non fossero altresì distinte in origine in questa significazione reale, come due elementi del patrimonio, e che la formula piena, *familia pecuniaque*, non servisse a indicare una totalità, cioè il patrimonio nel suo complesso. L'estensione di ciascuno dei due vocaboli da questo significato specifico, distinto al significato generico e conseguentemente l'uso loro promiscuo dovette succedere in un momento ulteriore; per la parola *pecunia* (*pecus*) una estensione siffatta è troppo chiara e provata.

Il dubbio sorge sulla determinazione precisa di questo significato, il dubbio può sorgere sull'epoca dell'alterazione e della fusione dei due concetti.

Consideriamo il primo punto.

Si ritiene d'ordinario (è l'opinione del Mommsen e del Rudorff) che *familia* indicasse originariamente gli schiavi, *pecunia* gli animali domestici: ed è un argomento per coloro che negano la proprietà sugli immobili nei primi tempi di Roma. Però il Lange reputò che *familia* servisse a indicare il proprio patrimonio domestico (Hauswesen), *pecunia* il bestiame (1).

---

(1) Ricordiamo anche l'opinione del Voigt: che *familia* nel senso reale non abbia mai rappresentato un elemento proprio, specifico del patrimonio nel suo complesso, mentre invece nell'espressione *familia pecuniaque* (successa, secondo il suo concetto, nell'ultimo stadio alle formule più antiche *domus familiaque* ovvero *domus* o *familia* isolatamente) *familia* starebbe a designare l'elemento personale (XII *Taf.*, II, § 72 e spec. n. 5, 6).

Finalmente il Kuntze, l'Jhering, il Karlowa pongono la nuova ipotesi, seguìta da parecchi autori anche fuori della Germania e non diversa nella sostanza dall'opinione del Lange.

Ora, sebbene l'idea del Mommsen appaia più semplice e naturale, tuttavia la congettura del Jhering è quella che, ragionando, si palesa più forte.

Considerando etimologicamente, comparativamente e storicamente l'evoluzione del significato di *familia* mi sembra di poterla rappresentare così. Nella significazione veramente primigenia doveva forse esprimere, come *domus*, la sede del gruppo familiare o, per così dire, il suo territorio: ma certo sin dall'età più vetusta si usurpa a indicare da un lato il patrimonio essenziale e stabile del gruppo, la sfera di attività esterna della famiglia, dall'altro lato il gruppo stesso e con termine derivato le persone che ne fan parte (*familiares*). L'ultima significazione è quella di persone servili o piuttosto di persone dipendenti dal gruppo per vincoli servili (*familia urbana*, *rustica*), o anche legate solo da vincoli morali (*familiares*).

Veniamo ora a dimostrare positivamente questa evoluzione. In primo luogo se *familia* deriva direttamente dal radicale *dhâman* (porre, stabilire) anche l'etimologia suffraga in parte la nostra idea. Il passaggio dalla significazione di sede a quella del gruppo organizzato che vi stanzia è perfettamente analogo a quello che avviene dal territorio al popolo di uno Stato.

Ma la storia della parola è argomento a una serie di più gravi osservazioni. Il significato di un complesso patrimoniale è certamente il più vivace significato della parola nell'antico linguaggio latino (*familiam habeto o habento*, *actio familiae erciscundae*, *mancipatio familiae*, *emptor familiae*) (1). Tal uso invece può dirsi cessato nel periodo clas-

---

(1) Oltre alle formule riferite nel testo, anche le leggi più antiche e i più antichi scrittori usano la parola *familia* nel senso di patrimonio. *Lex Val. et Hor.* a. 305 u. c. (Liv., 3, 55): « ut qui tribunis plebis,

sico, poichè la voce *familia* in questo senso (o la formula *familia pecuniaque*) non si scopre negli scrittori classici non giuristi (1) ed è ricordata dai giuristi solo a proposito dell'antica *mancipatio familiae* o de' principî e delle azioni che si fondano sulla legge delle XII Tavole; e, quel che monta, la parola in questo senso è chiarita o si accenna

---

aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, *familia* ad aedem Cereris, Liberi Liberaeque venum iret » (Cfr. Dion., 6, 89: « τὰ χρήματα αὐτοῦ Δήμητρος ἱερά - ἔστω » — a proposito delle medesime sanzioni dell'inviolabilità tribunizia — Liv., 2, 8: « sacrando cum bonis capite eius, qui regni occupandi consilia inisset »). — *Lex Silia de pond. publ.* a. 510 u. c. (Fest., v. *publica pondera*): « eum quis volet magistratus multare dum minore parti *familias* taxat liceto ». — *Tab. Bant.: Lex Latina*, a. 621-636 u. c., secondo il Mommsen (C. I: L. 1, 45, n. 197): « Sei qui mag (istratus) multam inrogare volet (quei volet dum minoris) partus *familias* taxsat liceto eiq(ue) omnium rerum siremps lex esto, quasei sei is haace lege ». — Liv., II, 41: « Signum inde factum esse et inscriptum: Ex Familia Cassia datum (il senso è qui più probabilmente quello di famiglia o gente) ». Cat. in Gell., VI (VII), 3, 37: « mille minus dimidium *familiae* multa esto ». — Cat., *De r. r.*, 138 (v. in seguito); Plaut., *Poen.*, I, 1, 40: « totum lenonem cum tota *familia* dabo hodie tibi dono ». — *Ibid.*, 57: « addicet praetor *familiam* totam tibi ». — Ter., *Heaut.*, V, 1, 36: « decem dierum vix mi est *familia* ».

Parimente la formula piena *familia pecuniaque* è propria delle leggi e delle formule più antiche. Così scopresi ne' testi delle XII Tavole relativi alla successione testamentaria e intestata, come vengon riferiti da Cicerone (*De inv.*, 2, 50 e in *Rh. ad Her.*, 1, 13), che potrebbero ben essere, come vedremo, i testi genuini o per lo meno non sono certo restituzioni ciceroniane: ed è infine la formula rituale pronunciata dal *familiae emptor* nella *mancipatio familiae*, dopo che questa è divenuta un vero testamento.

Nelle fonti classiche in luogo di *familia* o *familia pecuniaque* si usa *patrimonium*, *bona*, ovvero della formula antica si conserva solo *pecunia*. — Cfr. anche la nota seguente.

(1) Le poche volte che si riscontra *familia* nel senso reale o la formula *familia pecuniaque* negli scrittori più tardi, è troppo evidente che tali espressioni ricorrono in un uso arcaico oppure enfatico, che è lo stesso: e ciò è pure una evidentissima riprova che questa, e non la significazione di *servitù*, è la significazione originaria. Cic., *De leg.*, III, 3, 37: « Censores *familias pecuniasque* censento » (nelle formule, scritte in linguaggio arcaico). — Gell., I, 9, 12; II, 24, 11; XVI, 10, 11 (lo scrittore adopera *familia pecuniaque*, ricordando usanze e istituzioni antiche e seppellite come il consorzio degli agnati romani e dei Pitagorici, l'esclu-

che questo è l'uso delle XII Tavole (1). Invece l'uso di *familia* nel senso nuovo di servitù, mentre pare ignoto all'antichissimo linguaggio, è comunissimo precisamente nel linguaggio storico e classico.

Caratteristico è poi questo fatto: che nelle poche volte in cui la parola *familia* ricorre negli scrittori più tardi in luogo di *bona* o *patrimonium*, oltrechè ricorre in un uso arcaico o enfatico, è manifesta una vaga, ma sicura coscienza che la significazione originaria, nel senso reale, è quella del patrimonio più stabile e intimamente legato alla famiglia. Evidente è l'esempio di Tacito. Discorrendo del tradizionale e straordinario trasporto dei Tencteri per i cavalli e gli esercizi equestri, nota che presso i Tencteri i cavalli erano persino annoverati « *inter familiam et penates et iura successionum* », dal che si deduce con certezza che d'ordinario presso i Germani i cavalli non entravano a far parte (*inter*) della *familia*, dei *penates* e dei *iura successionum*, un complesso di rapporti e di obbietti, che, come Tacito avverte in questo luogo, è devoluto d'ordinario presso i Germani al primogenito (*excipit-maximus natu*). Ora, tralasciando i *iura successionum*, cioè probabilmente il *mundium*, il *reipus*, la *faida* e simili rapporti, che non concernono la proprietà, tralasciando i *penates*, che indicano la sede con un carattere sacro, è chiaro che *familia* significa nella mente di Tacito un patrimonio più nobile, che rimane come un pos-

---

sione dei *proletari* e dei *capite censi* dalla milizia e leggi suntuarie dell'età repubblicana). — Liv., XLV, 40, 7: « solos (L. Aemilius Paulus) — nominis sacrorum *familiaeque* heredes retinuerat domi » (è visibile per la forma e per il caso l'enfasi malinconica dello scrittore). — Tac., *Germ.* (passo commentato nel testo).

V'ha infine un luogo d'uno scrittore assai tardo, ma evidentemente ispirato anch'esso a reminiscenze arcaiche. Aur. Vict., *De vir. ill.*, 64, 5; « ea *familia*, quae ex Attali hereditate erat ».

(1) Gai., II, 102: « amico familiam suam, *idest patrimonium suum*, mancipio dabat » (il Böcking reputa la spiegazione un glossema: osserva in proposito l'Huschke che non ce n'è veruna *iusta suspicio*). — Ulp. fr. 195, § 1, D., 50, 16: « Familiae appellatio — in res et in personas deducitur. In res, *ut puta in lege XII tabularum*, etc. ».

sesso stabile nelle mani del primogenito, in cui presso i Tencteri erano compresi i cavalli, benchè questi fossero attribuiti non al primogenito, bensì al più prode (1).

Egualmente gravi sono altre considerazioni. Riconoscendo pure l'antitesi originaria di *familia* e *pecunia*, nessun dimanda perchè e quando l'antitesi sia cessata. Seguendo il nostro pensiero, è chiaro che l'antitesi è cessata, perchè s'è perduto interamente il concetto e spenta la coscienza di un patrimonio familiare, divenendo il *paterfamilias* signore assoluto di tutto il patrimonio. Ora è caratteristico il fatto che delle due voci, *pecunia* è quella che sopravvive e si estende a designare tutto il patrimonio, quasi indice che la figura della *pecunia* aveva sopraffatto e assorbito la figura della *familia*. Indice elegante e quasi cosciente di un'alterazione del concetto è altresì il vocabolo nuovamente coniato in sostituzione dell'antico: alla *familia*, o, meglio, alla *familia pecuniaque*, si è sostituito nell'età classica il *patrimonium*, cioè la proprietà del *pater*.

Finalmente, comparando tutte le parole di simil genere (cfr. οἶκος, domus; *it.* casa), tutta quanta l'evoluzione storica che abbiamo descritto, più che provata, ci parrà necessaria. Tutte queste parole denotarono dapprima la sede della famiglia, appresso il patrimonio suo (*it.* casa reale; rifare la casa) e la famiglia stessa, e infine le persone legate alla famiglia da vincoli servili (cfr. *it.* domestico, casa o casa bassa; *famulus*, *familia*) o morali (cfr. *it.* dimestico, *familiaris*).

Ora se *familia* e *pecunia*, come elementi distinti del patrimonio, significavano l'una un patrimonio legato alla famiglia, l'altra un complesso di beni di proprietà assoluta e libera dell'individuo, a qual distinzione, ripeteremo col Kuntze, più naturalmente corre il pensiero, se non a quella delle *res mancipi* e *nec mancipi*? E tanto più sicuramente

---

(1) Confusa e quasi inintelligibile è la versione del DAVANZATI: « I cavalli son parte della famiglia e ragione di redità ».

ciò si può ripetere ora, considerando i vincoli particolari, che legano tuttavia nel diritto storico le *res mancipi* alla famiglia.

Nè dimentichiamo pure che siffatta interpretazione del concetto di *familia* nel senso patrimoniale come equivalente a cose *mancipi* è la sola che dia una spiegazione intelligibile e ragionevole, anzi l'unica spiegazione che si possa e che si debba dare, della originaria *mancipatio familiae* (1).

E dall'altra parte buoi, cavalli, asini e muli, nel tempo in cui l'economia dei latifondi e il sistema del lavoro servile su larga scala erano ancora un sogno, dovevano, per la loro destinazione esclusiva e perpetua alla coltivazione dei fondi, essere esclusi dal gregge nel senso proprio, dal *pecus* o dalla *pecunia*, alla quale dà nome il gregge, che n'è l'obbietto precipuo. Fin negli inizi del periodo storico, che succede a quella trasformazione dell'economia, troviamo tuttavia adombrata da Catone l'idea che i buoi, come sembra, necessariamente, i muli, i cavalli e gli asini elettivamente fan parte della *familia* (2-3).

---

(1) A questo si può ricongiungere il fatto che il prodigo, cui era interdetto il commercio dei *bona paterna avitaque*, non aveva facoltà di mancipare la *familia*. Cfr. ULP., 20, 13, e la formula molto significativa dell'interdizione in PAUL., III, 4*a*, 7.

(2) CAT., *De re r.*, c. 138: « Mulis, equis, asinis feriae nullae, *nisi si in familia sunt* » (cioè destinati alla coltivazione, *collo dorsove domiti*, e quindi parte del patrimonio familiare. Così opina anche il VOIGT). — Certo è poi che gli animali *mancipi* dovevano essere esclusi dal *peculium*, il quale non è infine che una piccola *pecunia*, poichè il *peculium*, per la ragione economica della sua formazione, si presume che consistesse *originariamente* solo di gregge da pascolo.

(3) Fenomeno singolarissimo è questo: che ne' monumenti barbarici dell'alto Medio Evo *pecunia* e *mancipium*, *pecunia* e *familia* tornerebbero a significare un'antitesi di simil genere; la proprietà libera o i beni acquisiti da un lato, l'allodio o proprietà familiare dall'altro lato. Cfr. DUCANGE, *Gloss. med. et inf. lat.* a queste voci. Così *familia* come *mancipium* s'interpretano in molti documenti e scrittori medioevali (BEDA, EADMERO) come *villa*, *mansus*, *tenementum*, *terra salica*, cioè *terrae portio familiae alendae sufficiens et in eam rem destinata*

Concludendo, su questo punto possiamo asserire con tutti gli elementi della certezza storica: *Familia* e *pecunia* rappresentavano nel momento originario l'antitesi di patrimonio familiare ed elementi esclusi dal patrimonio familiare, e obbietti della *familia* e della *pecunia* erano rispettivamente le *res mancipi* e le *res nec mancipi.*

Se non che nè può dirsi in questa ricerca isolata e particolare quale fosse la costruzione originaria della *familia* e della *pecunia*, nè come l'evoluzione successiva abbia avuto luogo.

3. Tanto rispetto alla prima questione. Ma rispetto alla seconda questione, sull'epoca in cui si perdè la coscienza, almeno nell'uso tecnico e normale, del significato distinto dei due vocaboli, il dubbio rimane.

E dapprima può ben essere che la distinzione della *familia* e della *pecunia* al tempo delle XII Tavole fosse cancellata, sempre, ben inteso, nell'uso normale, e che si considerassero, rispetto al *ius civile*, tutti i beni come una proprietà assoluta del *paterfamilias.* Ma possiamo inoltre asserire con tutta certezza che nella legge « Uti legassit etc. » fosse la parola *pecunia* e non *familia* o *familia pecuniaque?*

(Ducange, v. *familia*): in quella vece *pecunia* significa il gregge o il complesso delle cose mobili escluse dal patrimonio familiare e dai vincoli inerenti a questo. Caratteristico è poi che per una reciprocanza curiosa non solo *familia*, ma anche *mancipium* viene a essere usato a significare la *domus*, la *familia* nel senso ordinario, cioè il gruppo dei componenti la famiglia. Cfr. *Conc. Tolet.*, XVI, a. 693 (cit. dal Ducange, v. *mancipium*): « Ecclesia quae usque ad decem habuerit *mancipia*, super se habeat sacerdotem; quae vero minus decem *mancipia* habuerint, aliis coniungantur ecclesiis ». Cfr. anche pag. 93-94, nota 1, dove avanziamo l'ipotesi che si tratti di sparse vestigia o vaghe reminiscenze del più vetusto linguaggio, conservatesi nelle varie provincie romanizzate. È noto che il *sermo rusticus*, da cui si originarono le lingue neo-latine, aveva un carattere molto più vetusto della lingua romana classica; onde molte voci delle lingue neo-latine si scoprono soltanto ne' più antichi monumenti della lingua e della letteratura latina o in quelli soli si scopre la forma radicale della parola moderna.

Com'è noto, il testo genuino delle XII Tavole noi non lo possediamo. Ora nelle restituzioni romane posteriori all'incendio gallico, anche se vogliamo molto concedere alla memoria testuale, poteva pure accadere che non si avesse più tanta cautela di scambiare *familia* con *pecunia*, se l'uso delle due voci erasi fatto normalmente promiscuo. E pure ammesso che il testo in questione fosse stato scrupolosamente restituito a memoria nella sua forma originaria, noi ne possediamo tante diverse versioni (che potrebbero anche essere tratte da diverse restituzioni, e per vero tutte serbano l'impronta del linguaggio arcaico) di Cicerone, di Pomponio, di Gaio, di Paolo, di Ulpiano, di Giustiniano, che non si può davvero asserire con piena sicurezza che la lezione, comune oggidì (non così presso i nostri vecchi) sia la vera. Questa lezione è tratta da Ulpiano e da Paolo; ma Cicerone usa, riferendo il testo due volte, « super familia pecuniaque », come usa *familia pecuniaque* per la successione intestata. Si argomenta ch'ei l'abbia alterato, perchè non fa menzione della tutela; ma può essere pure che l'abbiano alterato Paolo e Ulpiano, quasi gli estremi giureconsulti del periodo aureo, tanto più che *familia* nel senso di patrimonio era voce omai troppo antiquata al tempo loro; lasciando pure di osservare che è piuttosto grave supporre che il vincolo successorio creato dalle XII Tavole sia caduto per un'alterazione del linguaggio.

L'opinione del Ihering pertanto manca di una base ben certa. Ma in parte è pure scalzata dalla stessa legge delle XII Tavole. Ammesso pure che la distinzione si conservasse e che per conseguenza la libertà assoluta di disporre a causa di morte fosse concessa al *paterfamilias* solamente in ordine alle *res nec mancipi* (e forse potrebbe fornire indizio a ciò la stessa voce *legassit*), si dovrebbe però logicamente inferire che questo vincolo ha luogo solamente in relazione agli *heredes sui:* poichè la successione dei *sui* è veramente meglio presupposta che enunciata, ma per quel che concerne l'*agnatus proximus* e i *gentiles*, la parola istessa della legge

ci ammonisce che costoro succedono nella *familia*, *se muore senza testamento* colui al quale *suus heres nec escit.* Nè io intendo come il Cuq, che accetta semplicemente l'ipotesi del Ihering, abbia potuto pensare a un vincolo della *familia* rispetto ai gruppi gentilizi (1).

Adunque nella legge delle XII Tavole un vincolo delle *res mancipi* alla famiglia in ordine al diritto successorio poco è probabile che si abbia, ma certamente non si può nemmeno supporre che siavi altrimenti che rispetto agli *heredes sui*, cioè rispetto ai membri soggetti nella famiglia classica.

Ma può ritenersi che un vincolo siffatto debba aver esistito, se non in questo momento, almeno in un momento anteriore della storia del diritto romano?

Per vero ci resta ancora per questo elemento e per questo sviluppo particolare una solida base di logica storica: la natura e gli elementi certi della evoluzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* in armonia coi risultati del diritto comparato in ordine alle distinzioni corrispondenti di beni e in ordine al diritto successorio.

Se non che — ammesso pure che i dati del diritto comparato nella questione presente rispondano a condizioni necessarie e universali ovvero a elementi di sviluppo comuni al gruppo etnico ariano, in guisa da fornir la base di una vera induzione e stabilire un antecedente storico necessario, e ammesso inoltre, come è ragionevole ammettere, in base alla natura delle *res mancipi* e *nec mancipi* e agli elementi certi della loro evoluzione, che questo momento storico antecedente potesse soltanto costituire un particolare elemento delle *res mancipi* e *nec mancipi* — pur nondimeno non regge l'induzione, quando non si scoprano, in quel grado della evoluzione, cui ci si richiama, indizi dello sviluppo particolare che si vuol stabilire.

---

(1) Cuq, *Sur le testamentum per aes et libram* (*Nouv. R. hist.*, 1886, pag. 540-541).

Ora indizi di una corrispondenza in questo particolare elemento nel periodo storico del diritto romano certo non se ne scoprono. Ben al contrario: la costruzione e l'evoluzione, documentata dalla storia, del diritto successorio di Roma, sembrano contraddire apertamente a qualsiasi congettura di simil genere.

Laonde la limitazione della facoltà di disporre per atto di ultima volontà alla *pecunia*, ossia alle *res nec mancipi*, se anche abbia esistito nella società preromana o nella società romana primordiale, anteriormente alla istituzione del testamento civile, è molto probabilmente affatto straniera al *ius civile* di Roma in qualunque momento della sua storia (1).

Capitolo X.

Fondamento razionale della distinzione.

1. In ogni diritto positivo v'ha una serie di classificazioni di oggetti, che sono un tardo prodotto della riflessione scientifica e si fondano su differenze naturali o giuridiche parziali, ma ben determinate. Ma accanto a queste categorie più o meno dottrinali si conserva tuttavia una suprema classificazione, che non appare creata da nessuno, ma sôrta spontaneamente in età antichissima, e spesso ere-

(1) [I miei posteriori studi sull'eredità e i legati (*Scritti giuridici*, vol. I) rivelano ora la giustezza di alcune mie ripugnanze. Una limitazione alle *res mancipi* nel diritto successorio (in lato senso) si può ammettere anche nell'evo antichissimo solo in tema di legati, non già in tema di eredità. La congettura — ribadita e svolta più largamente a pag. 332 del mio studio originario sulle *res mancipi* — che il testamento fosse escluso in antico, sia pure unicamente in presenza di *sui*, interpretando in tal senso erroneamente il testo decemvirale, rinnovata in tempi recenti dal Kniep e dell'Arangio Ruiz, è stata invece da me abbandonata da un pezzo (Cfr. su tutto *Scritti giuridici*, vol. I, pag. 485, nota 1)].

ditata da una gente più antica. Questa classificazione non è parziale, ma pervade e investe tutto quanto un sistema di diritto, non ha caratteri naturali spiccati, ma confusi e indistinti, abbraccia promiscuamente *cose e diritti*, è classificazione di *beni* più che di *cose;* non ha determinazione ideale negli oggetti, dedotta dal concetto suo, ma designazione incerta o tassativa, che varia o talora almeno sembra variare di età in età, non ha figura giuridica certa, ma parimente variabile di età in età, ora trasformantesi, ora decadente; quindi, per le stesse ragioni, non ha denominazione che ne indichi la natura e lo scopo, ma d'ordinario porta un nome oscuro, convenzionale e bene spesso assurdo.

Tipi varî di questa specie di classificazioni sono: presso il popolo greco, o, meglio, presso il popolo attico, i beni visibili (*οὐσία φανερά*) e invisibili (*οὐσία ἀφανής*); presso il popolo romano le *res mancipi* e *nec mancipi;* presso i popoli germanici i beni reali e personali e la distinzione derivata dei beni allodiali o aviti e beni acquisiti; e distinzioni simili si ritrovano presso gli Slavi; in Inghilterra e in Iscozia la proprietà reale o ereditaria (*real or heritable property*) e la proprietà personale (*personal property*); nel diritto medioevale e moderno dell'Europa occidentale le cose immobili e mobili ereditate dal diritto elleno-orientale e fuse con elementi germanici.

Tutte queste classificazioni, per la origine e natura loro, si separano nettamente dalle classificazioni create dai giureconsulti; ma le particolari diversità esterne tra le medesime negli oggetti e negli effetti giuridici, più facili a cogliere che non l'intima natura loro, l'oscurità o l'incertezza del concetto loro (di nessuna si potè mai dare una propria definizione) fecero che non si pensò mai di ridurle sotto un principio unico. Nondimeno gli elementi numerosi di analogia, che una diligente analisi scopre tra le medesime, possono bene indurre nell'opinione che tutte sieno dominate da un unico principio, governate da un unico criterio.

Ora, dall'analisi di codesti elementi comuni si rileva:

I. Che nell'una classe sono gli oggetti assolutamente inerenti alla persona individuale, nell'altra quelli che, in date condizioni o in un dato momento, interessano assolutamente i varî organismi o gruppi sociali (1), che si succedono nel corso della storia, la comunità, la famiglia, nei loro varî gradi e nelle loro varie forme primordiali, e infine lo Stato.

II. Che nella prima classe di oggetti l'individuo ha un diritto pieno, assoluto, libero, ma originariamente - dove possiamo risalire alle origini - poco o punto protetto dalla garentia sociale, l'altra classe invece è soggetta à molteplici limitazioni, a svariati diritti da parte di uno o altro gruppo sociale o talora del rappresentante e capo di esso gruppo, a una sorveglianza gelosa da parte del medesimo, specialmente in ordine alle alienazioni; ma il proprietario è, a un tempo stesso, più fortemente e pienamente garentito nel suo diritto.

III. Che in tutte, quando ne possiamo seguire per un certo periodo la storia, si osserva un mutamento o uno sviluppo negli oggetti parallelo alle forme o ai gradi dello sviluppo economico, ond'è che occorre sempre una designazione tassativa, e la denominazione antica a un dato momento non ha più senso; che in tutte parimente si avverte una continua trasformazione giuridica parallela alla trasformazione de' varî gruppi sociali, e insieme una lenta assimilazione de' proprî elementi giuridici di ciascuna classe, quasi una lotta dell'una specie di proprietà per usurpare il campo dell'altra. Ond'è manifesto che cotesto criterio

---

(1) Adoperiamo le espressioni « organismo o gruppo sociale » e simili come formule generiche, non intendendo che esse esprimano un concetto determinato sulla vera natura di questi organismi, che noi ci riserbiamo d'illustrare a suo luogo [Vedi ora per la natura politica di questi organismi, *Scritti giuridici*, vol. I (*La gens e la familia*, pag. 1 e segg.: *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, pag. 18-64)].

razionale debba essere non già un criterio assoluto, ma storico e mobile, non già semplice, cioè positivo per l'una classe di oggetti, negativo per l'altra, ma duplice e antitetico.

Dall'altra parte gli elementi differenziali si possono agevolmente spiegare colla diversa estrinsecazione del medesimo criterio, secondo le condizioni peculiari e lo sviluppo economico del popolo, secondo il momento storico e il vario carattere dell'organizzazione o dell'ente sociale in cui l'interesse sociale si rappresenta e s'incentra.

A chiarire e mostrare la verità di queste induzioni, prima di ricavarne il principio, esaminiamo, colla maggior brevità possibile, le diverse classificazioni proposte.

2. Nel diritto attico vengono ricordati come principali modi di proprietà visibile i terreni (ἔγγεια), le case, così di città come di campagna, e inoltre le miniere: ora è nota l'alta importanza sociale ch'ebbero in Grecia le miniere di metalli preziosi, e nell'Attica specialmente le miniere d'argento del Laurio. Pare che, per lo meno in progresso di tempo, anche gli schiavi e una categoria non ben determinata di oggetti fossero compresi tra i beni visibili (1). Danaro e crediti, almeno di regola, sono beni invisibili. Riguardo agli effetti giuridici sappiamo che i beni visibili erano la più importante maniera di ricchezza, e su di quelli soltanto lo Stato esigeva le imposte, tanto che, in tempo di guerra, quando si aggravavano le tasse, il cittadino soleva rendere invisibile la sua proprietà (ἀφανίζειν τὴν οὐσίαν). Inoltre, l'acquisto dei beni visibili non era permesso agli stranieri, e l'alienazione de' medesimi si compieva in Atene in una forma pubblica, recandosi il compratore e il venditore alla presenza di un funzionario, al quale dovevasi pagare la centesima parte del prezzo, mentre presso altri

---

(1) [V. Beauchet, *Hist. du dr. pr. de la rép. ath.*, Paris 1897, vol. III, pag. 12 e segg., specialmente pag. 20; Lipsius, *Das Att. Recht*, Leipzig 1908-1915, vol. II, pag. 677].

popoli di Grecia l'alienazione si compieva in una forma meno sviluppata, alla presenza di tre vicini, ai quali si pagava una moneta. Per lo meno, questa forma ci è attestata in ordine ai fondi e agli schiavi (1). Il magistrato stesso notava poi su tavole il pagamento, constatando l'alienazione; e questa iscrizione su tavole pubbliche, elemento forse accessorio e secondario un tempo, divenne l'elemento essenziale, cosicchè, ai tempi del grammatico Esichio, l'iscrizione su tavole pubbliche si recava come prova assoluta del diritto. Invece l'alienazione de' beni invisibili era perfetta mediante la semplice consegna, e il possesso valeva come titolo (2).

Nella successione i beni della categoria superiore sembra che fossero in diverse legislazioni greche attribuiti esclusivamente ai figli maschi, i quali conservano la famiglia. Così la legge di Gortina espressamente riserba ai figli maschi non solo le case, ma anche il grosso bestiame (*τά πρόβατα καὶ καρταίποδα*), mentre statuisce che le donne succedono, sebbene non a parti eguali coi maschi, in tutti gli altri beni (3).

3. Altra distinzione di questa sorta, della quale però possiamo descrivere la storia con maggior cognizione, è quella tra gli immobili e i mobili; distinzione adottata dalla maggior parte de' diritti moderni. Nel diritto dell'epoca

---

(1) [Lipsius, op. cit., vol. II, pag. 741, revoca in dubbio la testimonianza di Esichio relativa agli schiavi, argomentando da un passo dell'orazione d'Iperide contro Atenogene].

(2) Telfy, *Corp. iur. att.*, 1447-1460. — Caillemer, *Le contrat de vente à Athènes* (*Revue de législation ancienne et moderne*, 1870-1871). [La tendenza più recente, pur riconoscendo che questa distinzione campeggia nel diritto classico e costituisce la base del sistema tributario e delle multe, è tuttavia nel senso di attribuire a essa un significato più che altro di fatto e un contenuto variabile: Cfr. Beauchet, op. citata, vol. III, pag. 14-21; Lipsius, op. cit., vol. II, pag. 677].

(3) Legge di Gortina, c. IV. Cfr. Bücheler e Zitelmann, *Das Recht von Gortyn*, Frankfurt am Main 1885 [Cfr. ora Kohler-Ziebarth, *Stadtr. v. G.*, Göttingen 1912].

romano-ellenica e più ancora nel diritto germanico dell'alto Medio Evo, che ne ereditò per lo meno il nome, la medesima fu rigorosa: beni immobili erano soltanto le terre, beni mobili ogni altro oggetto; onde l'aforisma germanico: « Was die Fackel verzehrt ist Fahrniss ». Ma nel periodo delle invasioni l'uso costante di sedi stabili e di edifici fissi trasse ad accrescere la categoria degli immobili: le fabbriche, i mulini, ogni altro edificio fisso, vennero aggiunti agli immobili. Più tardi si annoverarono tra gli immobili e si considerarono già sin d'allora quasi come immobili per destinazione gli schiavi destinati alla coltivazione (*servi adscripticii*) e parimente gli animali addetti alla coltura: sicchè le cose immobili a questo punto corrispondono quasi perfettamente alle *res mancipi*.

Ma l'estensione non si fermò qui: un'altra serie di oggetti venne via via ad accrescere il catalogo degli immobili o delle pertinenze (concetto ignoto al diritto romano): gli strumenti rurali, i pesci delle peschiere, gli alveari, e finalmente tutti i diritti che avevano per oggetto un immobile. Si giunse a tal punto, che una questione, in apparenza tanto semplice, quale questa, di distinguere un oggetto mobile da un immobile, diviene una delle questioni più ardue e oscure del diritto e assume una importanza straordinaria. Lo notano quasi tutti i giureconsulti del diritto intermedio. A esempio, il Voet si esprime così: « Non mirum usque adeo anxie quaeri de eo, utrum res quaeque mobilibus an immobilibus accensenda sit, cum quantum ad multos in iure effectus ingens inter has duas rerum species cernatur diversitas ». Ludovico Godofredo Magen ricorda che le liti in proposito sono infinite, occorrono ogni giorno: « Quid mirum? Non paucae in hac doctrina sunt tenebrae » (1). Nè ciò fa meraviglia: in società così varie era ben difficile una

(1) VOET, *De natura rerum mobilium et immobilium*, 1757. — LUD. GOD. MAGEN, *De vera et genuina mobilium et immobilium natura secundum diversa iuris romani et germanici principia*, Gissae 1760.

coscienza uniforme e quindi un concorde diritto su questa materia.

E appunto in talune particolari società nacque una curiosa evoluzione.

Già i Longobardi avevano elevato il capitale all'altezza istessa de' fondi e colle medesime prerogative. Ma nelle città commercianti il carattere d'immobili fu esteso ancora a tutti gli oggetti mobili di gran valore, ori, argenti, gemme, crediti fruttiferi, ecc., e pertanto si sottomisero alle stesse regole degli immobili, si riservarono come gli immobili stessi al primogenito o almeno ai figli, a eccezione delle figlie: e questa idea si è pure conservata in talune particolari legislazioni moderne.

Finalmente la Repubblica di Venezia, quando estese il suo impero oltre le antiche lagune, volle che la qualità di immobili si limitasse ai benifondi dell'estuario, considerando come mobili quelli degli altri paesi (1): un concetto assurdo, ma perfettamente analogo a quello, secondo il quale i Romani escludevano i fondi provinciali dal novero delle *res mancipi*.

I Codici moderni tentarono di finire le controversie, enumerando tassativamente i beni immobili e mobili: ma non riuscirono a troncare ogni dubbio: vollero rendere la distinzione meno fittizia, cancellando gli assurdi troppo evidenti, di riguardare, alla maniera de' nostri antichi, come immobili gli oggetti mobili di gran valore, il danaro, le gemme, i crediti, oppure, come richiedeva più fortemente lo sviluppo economico odierno, le navi e le collezioni o universalità di mobili: ma la coscienza sociale si ribella a considerare questi come veri oggetti mobili, e i Codici hanno dovuto tenerne conto, creando varie categorie intermedie e una nuova confusione (Cfr. Cod. civile, art. 422,

---

(1) STAT. VEN., I, 1: « Maiores nostri ea tantum civium suorum propria existimaverunt, quae essent in aestuariis posita; caetera in continenti existentia mobilia dici voluerunt ».

che contiene già una estensione dal corrispondente art. 523 del Cod. fr., anticipata dalla giurisprudenza; C. comm., articolo 483, che stabilisce per le navi la stessa forma di alienazione che per gli immobili; C. civ., art. 707, che sanziona per le universalità di mobili una eccezione, anticipata pure dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese: art. 694, in cui è concessa per le universalità di mobili l'azione di manutenzione). La categoria dei beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono (Cod. civ., art. 415) ci trasporta infine fuori della proprietà e delle vere e proprie distinzioni di cose.

Una somma varietà si ebbe adunque nella enumerazione degli oggetti, ma sempre furono annoverate fra gli immobili le cose che a un dato momento dello sviluppo economico trascendevano l'individuo, e per la loro natura o per la loro destinazione dovevano interessare maggiormente l'uno o l'altro gruppo sociale. Ciò fu fatto fino a cadere nell'assurdo, e quando l'assurdo si volle evitare si cadde in inconvenienti pratici ben più gravi.

La stessa variabilità e mutevolezza si riscontra negli effetti giuridici.

Ne' diritti germanici la proprietà sui beni immobili era fortemente vincolata ne' rapporti con la comunità e coi diversi gruppi familiari. E in primo luogo, rispetto alla famiglia, essi costituivano l'allodio o il proprio patrimonio della famiglia, e la loro alienazione non era altrimenti permessa *nisi famis necessitate.* Se pure il proprietario voleva disporne, gli occorreva il consenso del gruppo familiare, costituito in antico da tutti i parenti, in seguito da genitori e figliuoli. Ma come a grado a grado l'organismo primitivo della famiglia s'indebolisce, anche il diritto de' parenti si rende meno assoluto: bastava che essi fossero intervenuti a sottoscrivere l'atto come testimoni, e talora lo stesso intervento sembra assumere schiettamente il carattere di una maggior garanzia dell'atto giuridico. I parenti più prossimi conservarono un diritto di prelazione e un diritto di retratto agnatizio, più o meno limitato nelle condizioni.

Un'altra importante e generale efficacia concerne il diritto successorio. Ne' beni reputati immobili succedevano i figli maschi, ovvero, sin nell'antichissimo diritto germanico (1), il solo primogenito; in mancanza di figli maschi, i parenti collaterali della linea paterna, il che significa della stessa famiglia, a esclusione delle figlie, le quali entrano invece a parte di tutti gli altri beni. Nello stesso tempo la lotta fra il diritto della famiglia e il diritto individuale genera quella distinzione secondaria tra i beni immobili allodiali o aviti (*de alode parentum*, *ex iure parentum*) e i beni immobili acquistati dall'individuo *labore suo*, i quali immobili della seconda categoria vennero sottratti al diritto familiare.

Sicchè l'interesse speciale del gruppo famigliare fu rappresentato ora dalla nuova distinzione nella categoria dei beni aviti o propriamente allodiali: in quella vece l'alienazione de' beni acquisiti fu pienamente libera per qualunque causa, come quella de' mobili, e, quando s'introdussero i testamenti, la facoltà di testare liberamente fu limitata solo a cotesti beni acquisiti. Anzi questa divenne usanza diffusa nella vita e nel diritto de' varî popoli germanici e nelle legislazioni derivate. Ricordiamo una vecchia legge inglese di Enrico I: « Adquisitiones suas det cui magis velit; si bocland autem habeat, quam ei parentes sui dederint, non mittat eam extra cognationem suam ». E anche presso di noi libertà di testare o almeno piena libertà di testare non compete d'ordinario se non in ordine ai beni mobili (2).

---

(1) Certamente presso i Tencteri. Cfr. TAC., *Germ.*, 32.

(2) [Cfr. SCHUPFER, *Il dir. priv. dei pop. germ.*, 1907, vol. II, pag. 5: « Pur lasciando una certa libertà al testatore quanto alle cose mobili, gliela si limita qua e là per le altre. È stato il caso con la legislazione veneta e anche con parecchie consuetudini siciliane; per es.: a Messina e a Catania, dove le donne potevano testare solo delle cose mobili. Quanto a Venezia, la Repubblica ammetteva una piena libertà di testare solo per gli immobili di terraferma; quelli dell'estuario — *a Gradi usque ad Caput Aggeris* — ne erano onninamente esclusi; e, d'altra parte, abbiamo già osservato che gli immobili di terraferma andavano compresi appunto tra le cose mobili »].

Ne' riguardi del Comune noi non ricorderemo tutta quella nfinita serie di limitazioni e di diritti che pesavano sulle erre in pro de' comunisti, da cui scaturirono in progresso li tempo i così detti diritti di uso o usi civici.

Ma il diritto della collettività si riflette anch'esso nelle orme dell'alienazione. L'alienazione de' beni immobili si compie mediante tradizione solenne, e in seguito si separa n due momenti ben distinti: la tradizione o investitura del liritto e l'investitura del possesso (1), corrispondenti, almeno iella funzione loro, alla *mancipatio* e alla susseguente *tra-litio* delle *res mancipi* in diritto romano.

Ora, la prima, la tradizione o investitura del diritto, com-pievasi in forme solenni, simboliche, colla partecipazione e forse, in origine, col consenso) de' comunisti: in antico, iell'assemblea o in luogo di convegno de' comunisti; in processo di tempo, alla presenza di testimoni scelti tra i nembri del Comune (*traditio coram testibus*). Anche la ces-sione in giudizio, quale l'*affatomia* del diritto salico, si pre-senta come una forma particolare di tradizione del diritto e d'intervento del Comune.

L'interesse del gruppo in questo periodo è sovrattutto che i beni non escano dalla comunità, e a questo scopo sono preordinate quelle forme. Poichè l'acquisto de' beni immobili è proibito agli stranieri, e sarà proibito quindi agli Ebrei, stranieri in tutto il mondo (2).

---

(1) *Sala* e *Gewere* nel linguaggio de' germanisti. — Una recipro-canza di termini notata dai germanisti sembra aver riscontro in diritto romano. A parte i varî sensi della parola *Gewere* (possesso, acquisto del possesso, diritto di possedere), si ritrova che *Sala*, come *mancipium*, serve insieme a designare l'obbietto, il diritto e il trasferimento della proprietà (Cfr. Stobbe, *Die Gewere*, § 3 e 4).

(2) Cfr. su tutto ciò: Maurer, *Einleitung zur Geschichte der Mark-Hof-Dorf-und-Stadtverfassung*, München 1854. — Stobbe, *Die Gewere* (Encycl. di Ersch e Gruber). — Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde*, vol. I, Berlin 1880. — Bewer, *Sala, Traditio, Vesti-tura*, Rostock 1880. — Haiss, *Traditio und Investitura*, München 1876. — Tamassia, *Le alienazioni degli immobili e gli eredi*, Milano 1885. —

Ma intanto un nuovo organismo sociale superiore si va formando sulla base della città o della nazione, lo Stato. Qualunque sia la relazione dello Stato coi gruppi che l'han preceduto — chè non entriamo ora in indagini sulla natura di questi — il fatto è che esso li consuma e li spegne a poco a poco, o li trasforma, usurpandone via via le funzioni politiche. Quindi anche nella gelosa custodia e nella garentia de' beni immobili l'interesse e il diritto dello Stato diven-gono preponderanti. Si conservano le speciali, rigorose forme di alienazione per questi beni; ed è anzi notevole che i romanisti de' secoli scorsi avvertono in modo singolare come secondo i diritti vigenti ne' loro paesi, per l'alienazione dei beni immobili, non basti la *traditio* del diritto romano giu-stinianeo, ma occorra una *mancipatio* o *traditio solemnis* (1). Ma s'introdusse, nel nuovo ordinamento di Stato, l'uso di redigere ne' libri del Tribunale o della città un protocollo di siffatte alienazioni di beni immobili; e questo elemento della iscrizione ne' pubblici registri soffocò l'elemento della tradizione o investitura solenne del diritto; fenomeno abba-stanza frequente nella storia del diritto, di cui abbiamo esempio nella storia del testamento romano. Di qui nacque in molti diritti moderni l'istituto della intavolazione per l'acquisto degli immobili, a somiglianza del quale tende a foggiarsi il nostro istituto della trascrizione, creato in ori-gine per solo scopo di pubblicità. Siffatti istituti, per la loro utilità e opportunità sociale, acquistarono uno sviluppo maraviglioso, e una applicazione generale, o che tende a divenir generale per qualunque mutazione ne' diritti rela-tivi a immobili: e un'attenta considerazione può rivelare in queste applicazioni una singolare analogia e talora una

---

SCHUPFER, *L'Allodio*, Torino 1886 (nel *Digesto ital.*). [Cfr. ora SCHUPFER *Il dir. priv. dei pop. germ.*, vol. II, pag. 2 e segg., 123 e segg.; BRUNNER *Grundz. der deusch. R. g.*, Leipzig 1905, pag. 177 e seguenti].

(1) VOET. *Ad Pand.*, Coloniae Allobr. 1769. *De a. r. d.*, n. 38. — F simili.

vera corrispondenza con quelle svariatissime che ricevè pure la *mancipatio* del diritto romano.

Invece il diritto di proprietà sulle cose mobili era un diritto assoluto, individuale: l'alienazione delle medesime facile e libera: bastava la semplice investitura del possesso. Ma, d'altra parte, mentre il gruppo sociale proteggeva rigorosamente il diritto sugli immobili, la rivendicazione non era concessa per i beni mobili trasferiti in altri volontariamente, ma solo nel caso di perdita involontaria e furtiva: vale a dire non si aveva mai una vera e propria *rei vindicatio*, ma quasi un'*actio ex delicto*.

La storia della distinzione tra cose immobili e mobili continuò ne' diritti moderni. Se non che, da un lato, per le cause normali, lo sviluppo economico, nel quale l'energia propria, specifica dell'individuo diviene sempre più efficace e invadente, e la dissoluzione o l'indebolimento dell'organismo primordiale della famiglia e della comunità, dall'altro lato, per una causa accidentale, l'influenza dei giureconsulti e delle Corti, che applicavano il diritto romano, le cose immobili e mobili subirono una lenta dissoluzione e assimilazione negli elementi giuridici e proprî di ciascuna categoria.

Ma nel tempo stesso che si perdono le vecchie restrizioni e limitazioni relative al diritto familiare e comunale, la proprietà degli immobili torna a grado a grado a essere vincolata e limitata ne' rapporti con l'organismo supremo dello Stato: sicchè la distinzione non perisce, come potrebbe credersi, ma assume un carattere, una fisonomia nuova.

Questa dissoluzione e questo nuovo sviluppo appaiono più evidenti nella Germania stessa. Ivi l'influenza del diritto romano si fe' sentire abbastanza forte, e una più larga protezione sociale si accordò alla proprietà sui beni mobili; sicchè l'antico principio *Hand muss Hand wahren*, relativo alla proprietà dei mobili, sparve a poco a poco dai diritti tedeschi, e venne concessa per quelli una vera e propria rivendicazione in ogni caso.

Dall'altra parte, mentre perdono terreno i diritti dei gruppi familiari e comunali, è nella Germania precipuamente che lo Stato assume la garentia e la sorveglianza diretta, rigorosa degli acquisti e delle alienazioni d'immobili. Nessuna alienazione di beni immobili è valida se non sia avvenuta l'intavolazione o inscrizione (Cod. austr., articolo 431; Cod. sass., art. 276; Legge pruss. 5 maggio 1872, art. 1 [Cod. civ. germ., art. 873 e segg.; art. 925 e segg.]).

Invece, nel diritto francese e nelle legislazioni che si foggiarono sul modello della francese, da un lato la distinzione stessa conservò un carattere piuttosto primitivo, dall'altro lato si manifestò uno sviluppo dubbio ed illusionistico.

Circa il primo punto, il diritto speciale de' beni immobili familiari (*héritage*), il principio relativo ai mobili, espresso nel noto proverbio giuridico: « Les meubles n'ont pas de suite (*Mobilia non habent sequelam*) », furono gelosamente custoditi nell'antico e nel nuovo diritto consuetudinario. Il secondo principio, com'è noto, fu poi sancito dal Codice francese, con piccola variazione, nella nota formula: « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279 Cod. fr.). Nel Cod. it. la massima incontra una sostanziale modificazione nell'art. 707, e una eccezione per le universalità di mobili. Limitazioni speciali ai beni immobili nascenti dall'interesse e dall'ordine della famiglia (Cod. fr., articoli 457, 458 e 459; art. 1449; art. 1422 e 1554; art. 1401 e 1402, ecc.) spariscono totalmente nel nostro Codice, se pur non si voglia considerare come tale l'autorizzazione maritale necessaria per l'alienazione de' soli immobili (articolo 134 Cod. civ. it.); e sono in via di scomparire anche le varie limitazioni fondate sull'interesse di una Comunità (ademprivi, diritti di custorgio, vagantivo, e, più generalmente, usi civici, o, secondo le nostre leggi, diritti di uso), che generalmente sopravvivono solo in quelle regioni, che, per circostanze speciali, si mantennero in ogni fase più retardatarie di fronte al movimento sociale e politico d'Europa, come fu principalmente della Sardegna.

Ma, dall'altra parte, nel diritto moderno si introdusse il principio che la proprietà, sia sui mobili come sugli immobili, si acquista e si trasmette col semplice consenso (Cod. fr., art. 1138 e 1583; Cod. it., art. 1125 e 1448). Ora, questa teoria, messa innanzi dalla scuola del diritto naturale, che ripigliò l'opera già intrapresa dalle scuole elleno-orientali nella fase anteriore alla compilazione giustinianea, di render fluida e amorfa la materia del diritto romano, genera illusioni di natura varia e si presta a critiche, in parte aberranti. Il consenso mero, in qualunque forma espresso, nell'alienazione de' beni immobili, se era principio molto discutibile sotto il punto di vista filosofico, era poi, sotto il punto di vista storico, cosa assolutamente contraria allo sviluppo reale, che conduceva, nel diritto moderno, a sancire, per l'alienazione degli immobili, una forma più rigorosa della tradizione romana e con garanzie di pubblicità e di sicurezza sociale che la tradizione non offre: e, forse, per gli stessi beni mobili, l'abolizione della tradizione era eccessiva.

Se non che il principio stesso, come il principio parallelo, per cui, contro le forme e le categorie del diritto romano, si riconosceva l'obbligazione in base al mero accordo, nella realtà delle cose assume un altro significato: era la reazione alle forme e agli istituti prettamente romani, era la introduzione di nuove forme, che per avventura ci riconducevano a quello che fu sempre il vero diritto romano, non il diritto convenzionale della dottrina o il diritto cartaceo della compilazione giustinianea. La tradizione non fu mai modo generale di acquisto nel diritto romano; nell'êra classica occorreva, per le *res mancipi*, la *mancipatio* o la *in iure cessio*, forme entrambe indipendenti dalla tradizione; nel diritto nuovo, postclassico e giustinianeo, occorreva per gli immobili (v. in seguito questo capo e l'ultimo) la scrittura, occorreva che la tradizione stessa avesse luogo in una forma solenne, in cui la cerimonia e la pubblicità hanno ben più importanza che non la trasmissione del

possesso, la quale diventa una finzione; occorrevano, infine, eventualmente, i *gesta*, cioè le registrazioni pubbliche, cui era sempre consigliabile di procedere. E nel diritto moderno, egualmente, si richiedono per gli immobili forme solenni perfettamente analoghe: la scrittura (Cod. civ. it., art. 1314, n. 1° e 2°) e, per lo meno, di fronte ai terzi, la trascrizione (Legge fr., 23 maggio 1855, art. 3; Cod. civ. it., art. 1932 e 1942). Ma per gli stessi beni mobili la sicurezza del godimento, di fronte ai terzi, esige pur sempre la tradizione o investitura del possesso (Cod. fr., art. 1141; Cod. it., art. 1126).

Sicchè l'adozione del principio con soverchie illusioni non ha fatto che dar luogo a una costruzione giuridica alquanto più complicata, e, in taluni casi, a un conflitto di due dominî su di una cosa immobile, analogo, in certa guisa (benchè non per ogni effetto), a quello che nel diritto classico si generava su di una *res mancipi* trasmessa mediante la semplice tradizione (1): per non dire, in uno studio che non ha questo scopo, di un conflitto più interessante in parecchie conseguenze, tra la logica giuridica e le esigenze della pratica, così nel Codice civile come nel Codice di commercio (2).

---

(1) La critica del principio adottato dai Codici moderni è quasi universale. Se non che io non m'accordo coi più nel richiamo che si fa alla tradizione del diritto romano, in quanto si considera la trascrizione come un sostituto corrispondente alla tradizione stessa. Un siffatto richiamo può dare appiglio a una facile obbiezione, che la tradizione romana, specialmente in talune forme, che il diritto non potrebbe abolire, qual è il costituto possessorio, non offre nessuna garentia di pubblicità e di sicurezza sociale, nè, soggiungiamo pur sempre, essa ha mai servito nel diritto romano a questa funzione.

Il paragone si può invece fare colla mancipazione, che rappresenta un momento storico anteriore alla trascrizione, o, più propriamente, alla intavolazione, quando l'ufficio della garentia sociale rispetto alle alienazioni non è stato ancora assunto attivamente dallo Stato, ma solo virtualmente.

(2) È nota la divergenza tra il Codice civile e il Codice di commercio circa la vendita di cosa altrui. — È noto pure che nel diritto commerciale la teoria generale ritiene il principio abolito, sovrattutto perchè la proprietà, trattandosi di vendite di generi, non può essere

Laonde anche nella nostra legislazione si può veramente asserire che, per quanto essa sia, sotto questo aspetto, imperfettamente costruita, sono pur necessarie, per il trasferimento del pieno dominio sugli oggetti reputati immobili, forme pubbliche, in cui la garentia dell'interesse generale della società è assunta dallo Stato. Ma il diritto dello Stato e la tutela dell'interesse sociale nelle sue varie estrinsecazioni si rivela pure in altri limiti o pesi di vario genere, che gravano sulla proprietà immobiliare; e, per questo riguardo, numerosi e gravi ne vennero imposti dalle ultime leggi a talune maniere speciali di proprietà immobiliare (1).

4. Presso le nazioni slave, che popolano l'impero russo, accanto alla distinzione generale tra beni immobili e mobili esiste tuttavia la distinzione dello stesso genere, ma subordinata, derivata, tra beni patrimoniali aviti e beni acquisiti. La prima, degli immobili e dei mobili, non differisce sostanzialmente, nè quanto agli oggetti, nè quanto agli effetti giuridici, da quella che s'è andata formando presso le nazioni

---

trasmessa se non quando sia avvenuta la tradizione. La quale opinione — sia detto di volo — non par giusta. Il principio del nostro diritto non può valere naturalmente per la vendita di un *genus*, occorrendo che l'obbietto sia individuato per acquistarne la proprietà. Ora conveniamo che il caso della vendita di un *genus* è assai più frequente ne' rapporti commerciali che non ne' rapporti civili: ma il caso sarà sempre eccezione di fronte al principio generale, il quale, una volta ammesso nella nostra legislazione, si deve supporre che costituisca la regola così nel diritto civile, come nel diritto commerciale (cfr., per questa critica, SALVIA, *Tradiz. nella vendita mercantile*, Napoli 1887).

(1) [Fuori del Codice, uno dei principali oggetti disciplinati in modo speciale è costituito dal nostro patrimonio artistico nazionale, in cui non di rado le idee confuse che regnano in proposito suscitano critiche e proteste, cui si uniscono talora, per ragioni di battaglia contro il vigente regime, persino le voci dei socialisti. Urge pur sempre poi nel nostro paese che siano disciplinate in modo più confacente agli interessi sociali la proprietà forestale e — di fronte all'importanza nuova che, precisamente dagli anni in cui fu pubblicato il presente scritto, ha assunto in modo via via crescente il trasporto a distanza della forza idroelettrica — la proprietà delle acque].

occidentali, salvo che la trascrizione è organizzata come l'intavolazione del diritto germanico, e quindi opera veramente la traslazione del dominio.

Quanto alla classificazione de' beni aviti e acquisiti, essa riflette l'interesse del gruppo familiare, e rivela come l'organismo primordiale della famiglia — qualunque natura esso abbia — sia ancor forte in quei paesi. Questa classificazione è varia nelle diverse regioni dell'impero: generalmente, però, tutti i beni mobili si reputano beni acquisiti, qualunque sia la loro provenienza. Solo nell'Estonia si reputano beni patrimoniali anche i beni mobili ereditari. Secondo le regioni, variano anche gli effetti della distinzione. In talune, come nella Livonia e nell'Estonia, i beni patrimoniali non possono venire alienati senza il consenso dell'erede o degli eredi legittimi, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà; in caso contrario, l'erede legittimo, nella Livonia, ha diritto di annullamento per gli atti a titolo gratuito, di retratto per gli atti a titolo oneroso; nell'Estonia, diritto di retratto in ogni caso. In altre regioni, come nella Curlandia, si fa un passo più innanzi: sono vincolati solo i beni immobili patrimoniali e soltanto rispetto alle alienazioni di ultima volontà (1).

5. Finalmente abbiamo la famosa distinzione inglese tra i beni reali (*tenements*, *hereditaments* in antico; ora *heritable or real property*) e personali (*goods and chattels* in antico; ora *personal property*): distinzione affettata profondamente dall'organizzazione feudale, che, mentre nel continente fu soffocata o trasformata da elementi diversi, principalmente dalla influenza del diritto romano, o divenne materia di un diritto speciale, in Inghilterra ebbe uno sviluppo pieno ed impresse una figura speciale alla società inglese. Quindi la distinzione, come quella che riflette questa organizzazione speciale, è originale e talora bizzarra nella

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, Paris 1887.

sua costruzione giuridica. La proprietà reale comprende le terre, le case e, in genere, gli oggetti immobili, in quanto possono fornir la base di un feudo. La proprietà personale comprende non solamente i beni mobili (*goods* o ancora *personal chattels*), ma eziandio una categoria molto complessa di diritti immobiliari che non hanno carattere di perpetuità (*chattels* o propriamente *real chattels*). I beni della prima specie non costituiscono una proprietà assoluta, indipendente, ma una proprietà o un possesso derivato (*estate*), secondo il concetto feudale, mentre il dominio diretto e assoluto è ancora oggidì nella Corona, da cui tutte le terre rilevano immediatamente o mediatamente. Inoltre, benchè le vecchie forme feudali dell'investitura e dell'abbandono del fondo sieno cadute, il solo contratto non conferisce legalmente la proprietà dell'immobile, ma è necessaria una forma alquanto complessa (*deed at grant*), e negli ultimi tempi, a cominciare dal 1830, si tentò con più leggi dal Parlamento d'introdurre nell'isola, almeno in via facoltativa, l'istituto della trascrizione. Ma tutte codeste leggi caddero o non sortirono verun effetto pratico, per la resistenza della tradizione nazionale.

Da ultimo, la proprietà reale nella successione *ab intestato* è soggetta a un regime particolare. Essa appare come vincolata al gruppo familiare, dal quale derivò originariamente, sempre per successione *ab intestato*, dacchè l'erede non è il più prossimo parente del defunto, ma del primo acquirente in nome proprio. Ancora, in questa successione i beni reali sono devoluti sempre al primogenito, e nello stesso grado i fratelli escludono le sorelle.

Per contrario, i beni personali sono oggetto di una proprietà libera e assoluta (*there can be no estate in chattels*); nelle alienazioni la proprietà si acquista in virtù dello stesso contratto; nella successione *ab intestato* non sono devoluti all'erede, ma ai più prossimi parenti del defunto e distribuiti secondo le regole ordinarie. Ma, d'altra parte, in caso di perdita del possesso, in antico non era concessa

al proprietario un'azione reale, ma soltanto un'azione personale.

La distinzione inglese è interessante, perchè corrisponde alla distinzione romana, non solo nella sua natura, ma anche in una singolare anomalia: essa non ha storia, non ha sviluppo negli elementi naturali e giuridici della prima categoria, e rispecchia un ordinamento economico e sociale antichissimo. Laonde, la medesima, come la distinzione romana all'epoca del diritto classico, è in un periodo di dissoluzione lenta, ma continua, la quale, pur nel suo naturale procedimento, offre una vera corrispondenza con diversi momenti del diritto romano. Le vecchie forme di acquisto caddero dall'uso, sebbene non sieno abolite in diritto, e parimente cadono a poco a poco i diritti svariatissimi che la Corona si riservava sui beni reali. Inoltre, a temperare gli effetti di quello strano sistema di successione ne' beni reali, che non è basato sul vincolo di sangue col defunto, ma sul vincolo de' beni a un dato gruppo familiare e sul concetto della rappresentanza del medesimo gruppo attribuita al primo nato di sesso maschile, si seguirono quasi le stesse vie: da una parte, il diritto inglese, come il diritto romano, concede una piena libertà di testare, che nella società inglese chiaramente non ha per iscopo di violentare i diritti del sangue, ma, per contrario, di riconoscere il vincolo di sangue come base della successione, e. dall'altra parte, la legge istessa, ai nostri tempi, cercò di dare un più largo posto ai diritti del sangue, derogando alle regole della successione feudale. Infine, l'azione reale è oggidì estesa anche ai beni personali (1).

Gli storici del diritto inglese ritrovano la ragione di questa decadenza della distinzione nello sviluppo delle industrie e dei commerci in Inghilterra, che accrebbe ed elevò la categoria dei beni personali, e si può anche richia-

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, Paris 1882. — Lehr, *Droit anglais*, Paris 1885.

mare lo sviluppo sociale correlativo, che scalzò, anche in Inghilterra, la vecchia organizzazione feudale. Ma il problema è altro per noi: perchè la distinzione non ha seguìto questo doppio sviluppo e non si è modificata ne' suoi elementi naturali e giuridici secondo le varie fasi di quello? Il problema sarebbe interessante, perchè noi ripeteremo la questione nel diritto romano: ma studiarlo nel diritto inglese ci porterebbe troppo lungi. Diremo soltanto, come ipotesi, quella che, secondo noi, è la ragione principale del fatto: che lo sviluppo dell'economia inglese nel secolo XVIII fu molto più rapido, maraviglioso, radicale che in qualunque altra regione d'Europa: col sorgere della grande industria e coll'espansione mondiale del commercio, il passaggio si compiè da un'economia essenzialmente immobiliare a una economia essenzialmente mobiliare. Ora le vecchie forme giuridiche, nelle quali si rispecchi in una maniera più visibile l'ordine economico e sociale, mal si adattano a seguirne le mutazioni troppo gravi e repentine, specialmente quando per lunghissimo tempo rimasero immutate.

6. Noi potremmo continuare l'esame in altri diritti numerosi, ma ci sembra che le distinzioni proposte bastino a fissare il principio. Tutte le distinzioni proposte, sia negli elementi comuni, sia negli elementi peculiari del loro sviluppo, appaiono dominate da un'unica legge: or come si formula questo criterio storico, elastico, antitetico, che le governa?

Fu già osservato che nella proprietà si rivela un duplice elemento: sociale e individuale, corrispondente a un duplice ordine d'interessi: l'interesse dell'individuo e quello del tutto sociale. Ora appunto in queste classi di oggetti o figure di proprietà si riflettono obbiettivamente i due elementi della proprietà. Nell'una domina l'elemento sociale, l'interesse del tutto, qualunque sia l'organismo o l'ente sociale in cui si rappresenta a un dato momento o in un dato popolo: nell'altra domina l'elemento individuale, l'interesse dell'indi-

viduo. La lotta continua, incessante tra i due elementi nella vita del diritto, la lotta tra i varî organismi sociali, che si succedono nel corso della storia, si riflette nella lotta continua, incessante tra le due specie di proprietà, nella variabilità degli elementi giuridici di ciascuna (1).

Una singolare, ma pur efficace riprova di questo concetto, ci è fornita dalle odierne teorie de' socialisti e collettivisti. Gli uni e gli altri si separano, teoricamente, dal comunismo nel proprio senso, che nega ogni proprietà. Socialisti e collettivisti creano una distinzione di beni: secondo i primi, i beni di una specie sono soggetti a una tutela rigorosa, diretta del corpo sociale (Stato, Comuni); secondo gli altri, attribuiti al medesimo in proprietà: i beni della seconda specie lasciati in proprietà individuale, alienabili, trasmissibili ereditariamente. Ma nel determinare i beni riservati al corpo sociale e i beni lasciati all'individuo variano mirabilmente i concetti; ora — ed è ciò che dà forza

(1) L'antitesi de' due elementi fu rilevata espressamente per la prima volta da Emmanuele Fichte (*System der Ethik*) e dal Cardenas (*Ensayo sobre la historia de la Proprietad territorial en Espana*); ed è ora divenuta idea comune. Se non che in una concezione più generale l'antitesi si scopre in tutto il campo del diritto (cfr. Carle, *La vita del diritto ne' suoi rapporti colla vita sociale*, Torino 1880). — Io trovo poi che essa, come nella proprietà, così in tutto il campo del diritto si riflette obbiettivamente in una generale antitesi, che ricomprende pertanto anche la nostra; *rapporti formali*, nel senso di quei rapporti che debbono, per avere il riconoscimento del diritto e la garentia dello Stato, essere costituiti per atto formale-solenne, e *rapporti non formali*, nel senso di quei rapporti che il diritto lascia liberi alla volontà individuale e garantisce per il mero fatto della esistenza loro. E anche in questa sfera, per dir così, più generale v'ha una certa rispondenza in tutti i diritti (specialmente se si mettano a confronto in momenti storici corrispondenti) circa i rapporti che debbono essere costituiti per atto formale, e insieme una certa mutevolezza e divergenza, che dà origine talora a contrasti degni di nota. Per addurre un esempio, nel diritto romano il matrimonio in sè, che non implichi, come nell'età più antica, l'acquisto della *manus*, è lasciato libero all'individuo, cioè non si contrae in modo formale; nel nostro diritto invece esso è costituito per atto solenne e repugnerebbe alla nostra coscienza sociale la concezione romana.

alla nostra opinione — in tutti questi tentativi ritornano nelle diverse fasi del loro sviluppo quasi le stesse distinzioni, che abbiamo dovuto esaminare. Infatti, molti — i così detti collettivisti agrari — vorrebbero attribuite al gruppo sociale soltanto le terre o anche tutti gli immobili e lasciate le cose mobili alla libera proprietà individuale; alcuni ripongono nella proprietà collettiva anche il bestiame e gli stromenti del lavoro agricolo. V' ha chi propone di attribuire allo Stato soltanto le ricchezze naturali, terre, miniere, cascate: e chi vagheggia una comunione di tutti gli stromenti più importanti della produzione. Ora ognuno osserverà la somiglianza di queste categorie colle cose immobili e mobili nel loro vario sviluppo, colle *res mancipi* e *nec mancipi* e perfino co' beni visibili e invisibili. L'elemento sociale nelle medesime è generalmente rappresentato dalla proprietà sociale. E si noti una cosa: che quest'immensa varietà negli elementi della proprietà sociale è uno degli argomenti con cui si vuol combattere il socialismo; argomento non certo il migliore, perchè coteste divisioni teoriche di beni, come le distinzioni storiche, sono determinate da peculiari condizioni economiche e sociali (1).

7. Ora questo duplice elemento della proprietà, sociale e individuale, presso i Romani si rappresenta e s'incarna nella distinzione tra le *res mancipi* e *nec mancipi*.

Prima d'ogni cosa notiamo come non se ne avrebbe un'altra presso i Romani, in cui questo concetto supremo, che informa la proprietà, si potesse incarnare, poichè la classificazione romana degli immobili e de' mobili è essenzialmente diversa dalla nostra. Essa è una classificazione scientifica, creata nelle scuole del diritto, non già nata spontaneamente, e soltanto elaborata dai giureconsulti; schiettamente logica e naturale, non fittizia; d'una importanza così lieve, che nell'elenco generale delle varie distin-

---

(1) Leroy Beaulieu (Paul), *Le collectivisme*. Paris 1884.

zioni di cose è completamente trascurata dai giureconsulti, e infine d'una efficacia giuridica limitata e parziale, ristretta quasi al termine della usucapione (1).

Notevole è ancora come la medesima acquista una forma e una denominazione precisa e stabile soltanto in un'epoca relativamente tarda. Per lungo tempo la categoria degli immobili rimane involuta nelle espressioni comuni *fundus*, *praedium*. Ai tempi di Cicerone si dubitò persino se nella disposizione delle XII Tavole, relativa alla usucapione « Usus auctoritas fundi biennio, ceterarum rerum

---

(1) Una nuova differenza si volle trovare nelle forme dell'antica procedura *per legis actiones:* e il Zocco-Rosa, *Palingenesi della Procedura civile di Roma*, Catania 1886, pag. 203-228, ne trae argomento per distinguere caratteristicamente la *legis actio sacramento in rem mobilem* e la *legis actio sacramento in rem soli* e paragonare l'una e l'altra colle forme proprie del diritto germanico. Ma nè la distinzione esiste, nè il paragone, per questo lato, si può fare. La procedura *per legis actiones* già non rappresenta più un diritto primitivo, e la rivendicazione par concessa nella stessa forma per qualunque oggetto. L'unica differenza è che l'oggetto conteso, quando sia possibile, si presenta in giudizio; quando non sia possibile, se ne reca solo una parte come simbolo. Ma tal differenza, di pura comodità o necessità pratica, non ha nemmeno relazione colla distinzione delle cose immobili e mobili. Non tutte le cose mobili si recano in giudizio, ma talune soltanto: « mobilia et moventia, quae modo in ius adferri adducive *possent* » (Gai., IV, 16), e d'altra parte lo spediente di recare innanzi al giudice una parte della cosa come simbolo, non è stabilito per gli immobili, ma per qualunque oggetto, che non si possa trarre in giudizio senza incomodo: una colonna, un gregge, una nave, una università di beni, come l'eredità, e finalmente un fondo; e la rivendicazione avveniva nelle stesse forme, come se la cosa intera fosse stata presentata. Ciò è chiaramente detto da Gaio: « Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur; inde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur, ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, veluti ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aeque — (Gai., IV, 17).

annuus usus esto », gli edifizi dovessero comprendersi nei *fundi* o nelle *ceterae res*, poichè la legge parlava di *fundus*, non già di *aedes* (1). Per maggior chiarezza si tornò a indicare gli immobili con l'espressione complessa *fundus et aedes* (2). Ma nel periodo classico i giureconsulti coniarono le formole: *res* (*ea*), *quae solo continentur* (*tenentur*) (3), o *res solo cohaerentes* (4), oppure, più brevemente, *res soli* (5); formole, che sono vere definizioni, e quindi, non solo rivelano una creazione scientifica e un concetto logico come le formole analoghe: « *res* (*ea*), *quae in genere suo functionem recipiunt* - *res, quae continentur uno spiritu* », ecc., ma, come appare, una elaborazione ancora incompiuta. L'indicazione semplice *res immobiles* compare per la prima volta in Giavoleno, Marcello e Ulpiano, e ritorna in due giureconsulti dell'ultima epoca, Macro e Modestino (6), ma solo nell'epoca postclassica entrò nel vocabolario giuridico e venne adoperata costantemente nelle costituzioni imperiali.

---

(1) Cic., *Top.*, 4, 23; *pro Caec.*, 19, 54.

(2) Gai., II, 42; IV, 17; 149; 150.

(3) Gai., II., 53; 204. — Ulp., fr. 152, D., 6, 1; fr. 12, § 11, D., 33, 7. — Sen., *Nat. quaest.*, II, 1: « Tertia pars de agris, terris, arbustis, quaerit, et, *ut iureconsultorum verbo utar*, *de omnibus, quae solo continentur* ». — Plin., *Ep.*, VI, 19: « Eosdem patrimonii tertiam partem conferre iussit *in ea, quae solo continerentur* ». — § 7, I., 2, 6.

(4) Ulp., fr. 1, § 4, D., 43, 16.

(5) Gai., II, 54; 59. — Scaev., fr. 24, D., 42, 8. — Pomp., fr. 30, § 1, D., 41, 3. — Paul., fr. 55, D., 24, 1. — Ulp., fr. 7 pr., e § 1, D., 7, 1; fr. 1, § 1, D., 7, 9; fr. 1 pr., D., 13, 3; fr. 7, § 4, D., 15, 1; fr. 1 pr., D., 21, 1; fr. 15, § 2, D., 42, 1; fr. un., D., 43, 31; fr. 1, § 32; fr. 3, § 15, D., 43, 16. — Hermogen., fr. 224, D., 50, 16. — § 7, I., 2, 6; pr. I., 19.

(6) Iavol., fr. 23, § 1, D., 41, 3. — Marcellus, L. 48, § 1, D., 19, 2. — Ulp., *Reg.*, XIX, 6; XIX, 8; L. 3, § 1, D., 33, 6. — Macer, fr. 15 pr. D., 2, 8. — Modest., fr. 63, D., 3, 8. Cfr. anche Antoninus (Caracalla), L. 2, Cod., 3, 34 (ove è da leggere *immobilium*, non già *mobilium*). — [I testi citati, i soli testi classici, che usino la locuzione *res immobilis*, si possono oramai considerare con assoluta sicurezza tutti interpolati. Essi sono stati sottoposti a critica, indipendentemente da qualunque rapporto colla teoria delle cose (v. Postilla a questo capo). La locuzione *res immobiles* e la regolare contrapposizione *res immobiles* e *mobiles* nel regime giuridico appartiene esclusivamente all'epoca romano-ellenica].

E solo in tempi ancora più tardi, quando le *res mancipi* e la *mancipatio* erano scomparse, o quasi, dalla vita pratica, comincia, con un ricorso caratteristico, specialmente nel diritto bizantino, a spuntare, come base del sistema giuridico, in materia di alienazione, la distinzione degli immobili e dei mobili, la quale, ne' paesi occidentali, si perde appresso nella più vitale classificazione germanica (1).

Del resto, non v'ha giurista, non v'ha trattatista di diritto romano o di diritto germanico, che non indichi come una singolarità ed una superiorità del diritto romano questa assenza o questo lievissimo peso, che ha nel diritto romano la distinzione degli immobili e de' mobili: non nota veruno che una classificazione della stessa natura della classificazione germanica v'era nel diritto romano antegiustinianeo, ma non era, nè poteva essere quella degli immobili e de' mobili.

Per contrario, tutti i caratteri delle distinzioni esaminate, tutte le conseguenze, che derivano dal concetto, si rivelano nella nostra delle *res mancipi* e *nec mancipi*. Essa è una distinzione, come abbiamo dimostrato, oscura e convenzionale, che, come quella de' beni immobili e mobili, risponde al genuino significato delle parole soltanto nelle origini (cap. III); essa non ha determinazione ideale negli oggetti della categoria superiore, ma tassativa (cap. IV); non è opera di riflessione scientifica, ma è nata spontaneamente in età remotissima, di cui non s'ha più memoria

---

(1) Traslazioni pubbliche della proprietà d'immobili e scritture o registrazioni ufficiali obbligatorie: Fr. Vat., 35 (Constant., a. 313 o 337 = l. 2, C. Theod., 3, 1). — Fr. Vat., 249 (Constant., a. 316). — l. 5, C. Theod., 11, 3 (Theod. arc. et Hon., a. 391). — l. 1, § 2, C., 4, 3 = l. 2, C. Theod., 2, 29 (Theod. arc. et Hon., a. 394).

Traslazioni degli immobili (ἀκίνητα πράγματα, ἀκίνηται κτήσεις ἢ οὐσίαι) innanzi a pubblici magistrati, introdotte dai Prefetti del Pretorio: Ed. Pr. pr. 2 (Nov. 167), 29, 33 (Zachariae, Ἀνέκδοτα, pag. 253, 266. 276, 278). — Basil. 56, 21. — Coll. III Nov. 29 (Nov. Const. post Just.). — Πεῖρα, 15, 10; 37, 1.

dai Romani stessi, e, sebbene isterilita nella categoria delle *res mancipi*, ebbe già una storia, uno sviluppo graduale, e si fissò definitivamente solo dopo che fu compiuta la conquista di tutta Italia (cap. V).

Essa abbraccia promiscuamente (come la corrispondente categoria dei beni immobili e mobili) *cose* e *diritti*, è classificazione di *beni* più che di *cose*, e comprende nella stessa categoria tutti gli oggetti, ed i soli oggetti essenziali alla vita rurale ed alla coltura de' campi (cfr. cap. II, n. 7), vale a dire, possiamo osservare ora, quegli oggetti che in un popolo eminentemente agricolo, quale il romano, trascendono l'individuo ed hanno una natura e un valore sociale.

Infine, pur nell'epoca imperiale, essa è distinzione fondamentale e investe tutto quanto il sistema giuridico, pubblicità e modi di alienazione (cap. VI), tutela del diritto (cap. VII), diritto di famiglia (cap. VIII), forse in antico il diritto successorio, i rapporti pubblici del censo e dell'ordinamento tributario (cap. IX), mostrando nelle *res nec mancipi* una libertà piena ed una potestà assoluta dell'individuo, nelle *res mancipi* un diritto soggetto a limitazioni e vincoli diversi, ma eziandio una garentia sociale più forte nelle *res mancipi*, più debole nelle *res nec mancipi;* e la stessa costruzione giuridica, nella sua lenta e graduale dissoluzione, dimostra che v'ebbe già un lungo periodo di evoluzione e di trasformazione.

Adunque, come già risulta chiaro da questo rapido esame di elementi di diritto comparato e dall'analisi precedente, il fondamento razionale della travagliata classificazione romana non ha nulla di singolare o di anomalo, ma è quello stesso che si ritrova in una serie di classificazioni analoghe ne' diversi diritti. Se la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* non è una categoria filosofica assoluta, come il Huschke si dilettò di figurarla, essa non è neppure un fenomeno storico accidentale, ma una vera categoria storica, un fenomeno, cioè, contingente nella sua estrinsecazione, ma nella sua astratta natura necessario ed universale.

Postilla I. — In merito a questo capitolo, che per la natura della dimostrazione e le sue conclusioni è fondamentale sul tema, merita che sia riferito, in primo luogo, anche a titolo di saggio critico, il giudizio del recensente tedesco, di cui a pag. 1, nota *, del presente volume.

Il dottore, ora prof. H. Krüger, così si esprimeva nel 1891 (*Z. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XII, pag. 159): « Io non posso andar d'accordo con lo studio comparativo dell'autore e co' suoi risultati. È già dubbio che le divisioni *eterogenee* di cose presso i popoli di cui si parla offrano caratteri comuni da cui derivare il principio stabilito; ma è più che arrischiato trasportare senz'altro la legge così fissata alla originalissima (*ganz eigenartige*) distinzione romana. E a che scopo tutto questo discorso, se in definitiva l'autore spiega ed esaurisce il « criterio razionale » con l'osservazione che le *res m.* avessero un'importanza sociale per la loro connessione con l'agricoltura? Questa non è una novità ».

Credo che basterebbero soltanto i modi di alienazione ed i sistemi di pubblicità per stabilire l'*omogeneità* delle classificazioni esaminate in questo capitolo ed il parallelismo con la classificazione delle *res m.* e *nec m.*, la quale, sia pur di conio prettamente romano, s'inquadra in una legge e in un disegno generale di sviluppo. La comparazione potrebbe essere ampliata, per es., all'antico Egitto, rivelatoci dai papiri, nel quale i modi di pubblicità sono pure relativi solo ad alcune specie di beni e di diritti, e al Giappone; ma per coloro, che seguono e comprendono, la mia dimostrazione è sufficiente (e tale è apparsa tra noi), per chi non vuol capire, non serve nemmeno muovere le montagne. L'osservazione finale (*E a che scopo tutto questo discorso, se in definitiva*, ecc.?) rivela che il recensente appartiene a questi ultimi. Io non crederei davvero che tutta la mia dimostrazione si riduca a dire che le *res mancipi* erano le cose inerenti all'agricoltura! Questa, convengo anch'io, non è una novità, e non l'ho data certamente

per tale; anzi se nell'esame delle opinioni altrui ho dedicato a questo concetto una certa attenzione (v. pag. 40-41), nello svolgimento della mia personale teoria io l'ho solo implicitamente assunto come un postulato.

La novità che io ho presentato come tale, e che ho voluto dimostrare, è questa: che la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* precisamente non è originalissima (*ganz eigenartige*), che il suo fondamento universale si riflette in corrispondenti distinzioni di *beni* in ogni diritto e che precisamente le distinzioni con cui la pongo a riscontro non sono eterogenee. Ho voluto dimostrare che la storia della proprietà si scinde in due rami, e che vana è l'illusione (su di che vedi in seguito) che il diritto romano ci abbia presentato *esso solo* un blocco unitario, perchè ignora la distinzione tra proprietà mobiliare e immobiliare; infine ho voluto anche offrire un criterio di valutazione non inutile, così per il legislatore, come per l'interprete, delle due categorie di cose nello stesso diritto moderno. Il recensente non intese che la stessa logica, la quale imponeva ai Romani di classificare tra le *res mancipi* gli animali da tiro e da soma e le servitù rustiche, è quella che per noi fa catalogare tra gli immobili gli utensili necessari alle fabbriche industriali (Codice civ. ital., art. 413) e i diritti fondiarî così del concedente, come dell'enfiteuta (Codice civ. ital., art. 415).

In Italia, come ho già avvertito, il mio concetto, nella sfera in cui gli studi del diritto romano e gli studi storici in generale hanno accesso, è stato compreso: si ripete spesso, come cosa oramai di diritto comune, che le *res m.* sono le cose di importanza sociale paragonabili alle nostre cose immobili e mobili: si dimentica persino talora di dire quali sono. Credo tuttavia interessante in sommo grado, anche per un'ulteriore illustrazione del mio concetto, di rilevare le oscillazioni di menti superiori, che sembrano ora capire, ora scapire la mia tesi, per usare la celebre frase manzoniana relativamente alla posizione di un uomo geniale,

Giuseppe Giusti, di fronte alla questione della lingua. In una delle profonde e dottissime note alle Pandette del Windscheid, redatte da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, e precisamente nella nota relativa alla distinzione delle cose immobili e mobili (vol. I, parte 2ª, n. *e*, pag. 526 e segg.), i due giuristi rispecchiano di fronte al mio concetto una alternativa caratteristica di chiara visione e di oscure oscillazioni. A pagine 538 e 539, richiamandosi a Francesco Schupfer, il quale si ispira al mio studio, i due autori così si esprimono: « A giusta ragione lo Schupfer considera la distinzione nostra nel campo del diritto germanico come una parziale trasformazione dell'antitesi tra *beni reali* e *beni personali*, che alla sua volta ha carattere analogo alla fondamentale antica distinzione romana tra *res mancipi* e *res nec mancipi:* tra beni che hanno un'utilità permanente per il gruppo familiare e quelli che invece appartengono solo all'individuo. È la solita contrapposizione, che ritorna nei varî sistemi giuridici, tra beni *vincolati ad una collettività sociale* e beni aventi *carattere schiettamente individuale* ».

E nello svolgimento delle note qua e là fa di nuovo capolino il pensiero che ispira le mie ricerche.

Ma, dall'altra parte, in primo luogo, il criterio da me stabilito non agisce come vorremmo nel valutare il significato della distinzione germanica e odierna de' beni immobili e mobili; in secondo luogo, una specie di affezione al tema spinge gli illustri autori a dare un rilievo eccessivo alla categoria delle cose immobili e mobili del diritto romano, a tacciare di esagerazione e financo di errore (pag. 534) la tesi, che io sostengo, e non io solo, ed ho corroborata anche in altri studi, della *non romanità* di questa classificazione de' beni immobili e mobili.

Sul primo punto: quando Heusler e Gierke esaltano il valore costruttivo del diritto germanico per avere sollevato « con potente energia » la distinzione de' beni immobili e mobili « al di sopra della pretta nozione naturalistica », per

ıver creato « figure giuridiche, le quali si sono fino ad oggi limostrate come vitali » (v. Fadda e Bensa, l. c., pag. 529), arebbe stato opportuno, crediamo, rispondere che la distinzione tedesca non è omogenea con la categoria veramente romana, in quanto ha una funzione economico-sociale totalmente aliena dalla debole distinzione classica del *fundus* e delle *res mobiles*, la quale è aderente alla natura e al significato delle parole; è fuor di luogo invece richiamare a difesa del così detto « pregiudizio romanistico » fatta lallo Stobbe. Inoltre, una volta appreso che il concetto di beni mobili ed immobili è nel diritto moderno una designazione convenzionale, che rappresenta la categoria superiore li beni, i beni di interesse sociale, è forse non adeguato l prender partito contro le così dette finzioni e dichiarare miglior procedimento quello di assoggettare alcuni beni ıl regime degli immobili, senza designarli come immobili pag. 530); procedimento che in queste condizioni ha esso ıl contrario sapor di ripiego o finzione.

Quando, infine, il Fadda e il Bensa (l. c., pag. 547) osservano che « il curioso fenomeno, per cui Venezia considerava come *mobili* tutti gli *stabili* situati fuori dell'estuario, nè merita la qualifica di assurdo (cfr. Bonfante, *Lezioni sul diritto delle cose*, Pavia 1909, pag. 241), nè l'elogio come savio provvedimento (Pertile, IV, pag. 166) », mi permetto li rilevare che gli epiteti *assurdo* e *savio* si equivalgono, e tutti quanti si va d'accordo, perchè io chiamo assurdo quell'epiteto dal punto di vista del significato naturalistico della distinzione, ma appunto mi giovo di quella evidente e stridente contraddizione tra la parola ed il concetto per mostrare che la distinzione nella storia del diritto moderno non ha e non può avere carattere naturalistico. Tale assurdità, insomma, non mi dispiaceva punto, ed io, come a suo luogo manifesto (v. sopra, pag. 222), richiamando anche a parallela singolarità dei fondi provinciali romani, era ben lungi dal criticare la Serenissima, che mi forniva così buon argomento.

Vi è poi un po' del giusto e del torbido nell'osservazione che segue de' due autori: « È un fenomeno, che nella grande confusione, ingenerata dalla rifusione di una distinzione germanica nella romana, vale a significare la diversa condizione giuridica de' beni situati nell'antica cerchia del dominio della Repubblica di fronte a quelli posti nel territorio di nuova conquista, in particolare per la diversa competenza nelle questioni di proprietà e per la diversa tutela giuridica » (l. c., pag. 547-548).

La distinzione romana, cioè romano-ellenica, non ha portato alcuna confusione, perchè anch'essa rappresentava oramai la stessa categoria logica e storica della distinzione medioevale; che l'assimilazione ai beni mobili, fatta dagli Statuti veneti, significhi una diversa condizione giuridica de' beni stabili posti nel territorio di nuova conquista di fronte a quelli situati nell'antica cerchia del dominio della Repubblica, è certo; ma il punto essenziale è rilevare il fondamento politico ed economico-sociale di questa diversa condizione giuridica, che investe del pari i modi di trasmissione, il diritto di famiglia e il diritto di successione, la tutela giuridica e la procedura, vale a dire che ha nel sistema del diritto un valore fondamentale.

Ma la vera battaglia è sul secondo punto. Mentre con sicuro occhio critico i due insigni autori svelano gli abbagli di coloro che ricercano la nostra distinzione de' beni immobili e mobili nei varî diritti antichi e nello stesso diritto greco, essi tentano di riaffermare nel diritto romano classico l'esistenza e sollevare l'importanza della distinzione fra immobili e mobili.

Già nel citare le parole dello Schupfer (v. sopra), per mostrare che la distinzione medioevale delle cose immobili e mobili ha preso le mosse dalla romana e ne ha fatto la base della disciplina giuridica, gli autori sfiorano uno dei punti più dolorosamente equivoci della nostra storia giuridica. Nota lo stesso Schupfer, nella chiusa del passo citato, che in questo campo, come in numerosi altri campi,

Germani assunsero dal diritto romano poco più che il
nome, ma gittarono nelle categorie romane idee « certo
più germaniche che romane ». Ma, quel che più importa,
a categoria che i Germani, o, meglio, le società latino-
germaniche del Medio Evo accoglievano, non era, nemmeno
nel nome, la categoria classica del *fundus* o delle *res soli:*
era una categoria elaborata nell'epoca romano-ellenica, la
quale aveva veramente assunto il nuovo tipo di una anti-
tesi tra beni sociali e beni individuali; poichè questo è
veramente uno dei fenomeni più impressionanti della storia,
che le forme del diritto germanico dànno la mano alle
forme provinciali, non italiche, del diritto, alle forme romano-
elleniche e, più tardi, bizantine, e si pongono in una recisa
antitesi le une e le altre con quello che è diritto genuino
romano-italico.

Quando pertanto gli storici del diritto medioevale ci
parlano di « origini romane » di un istituto, sarebbe desi-
derabile che fosse ben chiaro sempre se alludono vera-
mente al nucleo nazionale romano-italico o alle nuove figure
provinciali, che talvolta hanno assunto sfacciatamente (carat-
teristico è l'esempio della Falcidia) il nome romano. Spesse
volte si potrebbe andar pienamente d'accordo, ovvero il
dubbio sarebbe per noi romanisti e anche per noi Italiani
indifferente; dico anche per noi Italiani, perchè il diritto
elleno-orientale è suppergiù altrettanto straniero alla nostra
terra quanto il diritto germanico; anzi più straniero, perchè
immigrazioni germaniche v'ebbero in Italia, i discendenti
dei Longobardi sono oramai tutti Italiani, ma i Bizantini
non sono stati che puri dominatori.

Veniamo ora ad esaminare analiticamente il ragiona-
mento de' due insigni autori.

Premetto una considerazione.

Quando io nego l'esistenza di una vera e propria distin-
zione de' beni immobili e mobili nel diritto romano genuino,
classico, non intendo con questo negare che i Romani aves-
sero modalità di regime diverse, ad esempio, per i fondi,

per gli schiavi, per gli animali, ecc., data la diversa natura di tali oggetti: essi ne hanno, come ne hanno, forse in maggior misura, tra fondi rustici e fondi urbani; non intendo negare l'importanza del possesso fondiario nella vita sociale, degli *adsidui* e *locupletes* nel diritto pubblico; ma intendo sostenere che la distinzione tra beni immobili e mobili, se anche si può stabilire, non solo è ben lungi dall'avere il carattere odierno, ma non rivela negli oggetti dell'una e dell'altra categoria divergenze di regime notevoli e veramente antitetiche, ma differenze lievissime, anzi *pure modalità di uno stesso regime*, tanto che, ripeto, si può dubitare se non sia maggiore la differenza tra diverse categorie negli stessi immobili.

La prima differenza netta tra immobili e mobili, fissata dai predetti autori, dopo le osservazioni sull'importanza del possesso fondiario nel diritto pubblico e nella procedura, concerne l'*occupatio bellica:* oggetto di *occupatio bellica* non sarebbero se non le cose mobili; quanto agli immobili è soltanto lo Stato che può acquistarne e distribuirne la proprietà (l. c., pag. 537). Il punto è assai controverso, e la teoria più probabile (BONFANTE, *Istituzioni*, § 82, 5ª ediz., pag. 239) è che si debba distinguere tra il bottino di guerra, che spetta per intero allo Stato, — sia costituito di terre o di mobili — e gli oggetti, che allo scoppio delle ostilità erano in possesso di privati cittadini.

Comunque, non si fa mai parola, nelle nostre fonti, nè in tema di *occupatio bellica*, nè, in generale, in tema di *occupatio*, di una distinzione tra beni mobili e immobili; sappiamo, anzi, che anche i fondi possono essere *res nullius* e oggetto di occupazione.

Passano quindi gli autori a ribadire la più sfruttata delle differenze, perchè attestata dalle XII Tavole e ripetuta dai giureconsulti, in ordine al termine che si richiede per l'occupazione.

Ora notiamo subito anzitutto una cosa: si tratta di una *mera modalità*, non di un'*antitesi*, perchè l'usucapione è

ammessa per tutte le cose, e questa modalità è lievissima: si va da *un anno* a *due anni*. E nei testi classici, inoltre, la differenza non era e non poteva essere stabilita tra mobili e immobili, bensì tra i fondi e le *ceterae res*, e in queste sono comprese le servitù rustiche (in antico), la *hereditas*, le donne.

Altra differenza: le servitù sono ammesse unicamente sulle cose immobili. — Osserviamo: le così dette servitù personali sono possibili sugli schiavi e sugli animali. Si potrà rispondere che molto probabilmente non erano considerate come servitù nel diritto classico: erano però certamente diritti reali, che stabilivano sulle cose la possibilità di un uso altrui. E di nuovo, quel che più importa, i Romani non fanno menzione di cose immobili e mobili.

Diversa è la tutela possessoria sugli stabili e sui mobili. Anche questa è, se si vuole, una differenza vera, ma una differenza *di modalità*, non *di regime*, perchè la tutela possessoria è accordata per entrambe le categorie. E di nuovo, la distinzione non ha rilievo in questa differenza, perchè l'*interdictum utrubi* è propriamente modellato sul *servus*, e venne, pare, esteso in progresso di tempo a tutte le cose mobili.

Il furto è escluso da' beni immobili, nonostante lo strano tentativo di Sabino. — Ora il tentativo di Sabino rappresenta probabilmente la concezione più antica; questo è certo, ad ogni modo, che in antico il furto e l'ablazione violenta dovevano costituire un concetto unico, che abbracciava mobili ed immobili.

L'*interdictum quod vi aut clam* è relativo ai soli immobili. — Si potrebbe aggiungere l'*operis novi nuntiatio;* ma, in realtà, nell'un caso e nell'altro, si tratta di mezzi di opposizione alle costruzioni, all'*aedificare*, all'*opus novum*, ed il danno si può riferire anche a una servitù, escluse però (almeno nella *o. n. n.*) le servitù rustiche.

La *Lex Julia* dell'anno 18 a. C. vietò l'alienazione del *fundus italicus* dotale; l'*Oratio Severi et Antonini* ha proibito

ai tutori la vendita dei *praedia rustica et suburbana*. — Nulla che riguardi la pretesa distinzione, ed il secondo argomento è piuttosto contrario, perchè rivela come sia più grave la divergenza tra fondi rustici e fondi urbani. Vero è che Costantino, come pure notano i predetti autori, estese il divieto ai *praedia urbana*, ai *mancipia* e anche più in là; ma con questo abbiamo oltrepassato i beni immobili, cui rimanevamo indietro con Severo (il che mostra sempre più l'indifferenza romana per questa categoria), e siamo inoltre giunti a Costantino.

I tutori sono obbligati a investire i capitali immobiliari in acquisto di stabili. — I testi addotti (L. 3, § 2, D., 26, 7, L. 5 pr. *eod.*, L. 7, § 3 *eod.*) sono in parte sospetti per la loro classicità. Ad ogni modo l'obbligo non è assoluto, nè fissato rigidamente in quella forma: il tutore può investire i capitali anche in buoni mutui (L. 3, Cod., 5, 56).

Finalmente la graduazione stabilita da Antonino Pio nel *pignus in causa iudicati captum* non è relativa ai beni immobili e mobili, e la differenza tra immobili e mobili nella restituzione della dote, come notano anche gli autori, è riforma giustinianea.

Si potrebbero, come ho detto, rilevare differenze più gravi nel diritto classico tra fondi rustici e fondi urbani. Già le servitù rustiche hanno un regime speciale di fronte alle servitù urbane: esse sono *res m.*, erano in antico oggetto di *usucapio*, si perdono per non uso, senza bisogno di *usucapio libertatis*, sono escluse dalla *o. n. n.*, ecc. Potremmo notare con lo stesso procedimento degli autori le limitazioni relative alla proprietà rustica, agli alberi o ai frutti caduti, alle distanze delle piantagioni, all'uso delle sponde per la navigazione, ecc., e reciprocamente, per quel che riguarda la proprietà urbana, le limitazioni relative alla stabilità e alla conservazione degli edifici, all'altezza, all'intervallo, alla forma antica degli edifici, ecc.; potremmo infine notare tutte le particolarità e le limitazioni relative agli schiavi. Ma giova conchiudere: che regole o modalità

speciali ai fondi non vi fossero nel diritto romano classico sarebbe certo inconcepibile; ma un regime diverso non si scorge: i fondi sono accomunati nella disciplina generale con le altre *res mancipi*, e nelle stesse modalità specifiche non campeggia mai una vera e propria distinzione tra beni immobili e mobili.

Se la distinzione ha una netta affermazione e rappresenta una recisa antitesi, è nel diritto post-classico, nell'epoca romano-ellenica. Fadda e Bensa, per vero, dopo aver conchiuso nel senso che le differenze enunciate (e da noi vagliate) siano sufficienti a mostrare « come non si appongano al vero gli scrittori che l'influenza giuridica della nostra distinzione limitano al diritto post-classico », soggiungono: « Quali riforme rilevanti si siano apportate nel periodo post-classico, a modo da poter dire che solo allora le due specie di cose sono trattate in modo diverso, *francamente non riesciamo a scorgere*. Tolta la forma più recisa data all'antitesi, *non vi è nulla nel diritto dell'impero* che giustifichi l'affermazione di un mutamento così radicale. La verità è che, se non si può dire che il diritto romano, classico o no, ha impostato la disciplina dei diritti reali sulla nostra distinzione, come avviene per le legislazioni moderne, non è neppur lecito affermare che tale distinzione sia stata del tutto ignorata » (Fadda e Bensa, l. c., pag. 537-538).

Ora per il diritto post-classico basta di nuovo il *regime della pubblicità e delle forme di alienazione* per esaltare questa distinzione al grado di istituto fondamentale: la scrittura del contratto, la registrazione pubblica delle alienazioni (i *gesta*) e le tradizioni solenni si esigono soltanto per gli immobili; la mera trasmissione del possesso basta per i mobili. Imperatori e prefetti del pretorio pongono oramai netta l'opposizione tra mobili ed immobili. Il regime delle donazioni, già imperniato sull'antitesi tra *res m.* e *nec m.*, si trasporta con l'imperatore Costantino ai beni immobili e mobili, il contratto di suffragio ne segue le sorti, il diritto

patrimoniale di famiglia, l'usucapione, o prescrizione acquisitiva, rivelano l'impero della nuova distinzione: poichè Giustiniano, com'è noto, serba nel linguaggio rigorosamente la differenza tra *usucapio* e *longi temporis praescriptio*, l'una relativa ai mobili, l'altra agli immobili, ed in qualunque modo la differenza da tre a dieci o venti anni diventa quasi, per la sua gravità, un'antitesi di regime. Non è già « quella tendenza alle categorie generali, che è così spiccata nei Bizantini », bensì la necessità di una nuova categoria dei beni sociali e individuali che ha dato forma, e rilievo alla distinzione. La verità è precisamente che il diritto romano post-classico ha impostato o per lo meno tende ad impostare (ciò avverrà definitivamente nel diritto bizantino, da un lato, nel diritto medioevale dall'altro) la disciplina dei diritti reali sulla distinzione de' beni mobili e immobili. Per quale ragione ciò non si scorge, per quale ragione scienziati di tal valore, come Fadda e Bensa, siano usciti in un'affermazione così erronea, noi lo vedremo in seguito.

Che la locuzione *res immobilis* si trovasse talora presso i classici non importerebbe precisamente nulla, ma è certamente caratteristico che appunto non si ritrovi, e che gli *scarsi* testi classici addotti siano tutti con certezza interpolati. Fadda e Bensa dichiarano pur essi innegabili varie interpolazioni nei passi dei Digesti, ma pur tentano di salvare ciò che non si può salvare.

Già gli unici testi veramente tipici io li ho esaminati in due studi speciali e ho stabilito l'interpolazione indipendentemente dal tema che ci occupa.

Il primo è la legge 63, D., 3, 3, per la quale rinvio allo scritto *Facoltà e decadenza del procuratore romano* (in *Studi per Schupfer*, 1898, I, pag. 3 e segg., e *Scritti giuridici varî*, vol. III. Fadda e Bensa (pag. 545) si richiamano per l'interpolazione al Mitteis, *Privatrecht*, 1908, I, pag. 233, nota 97 (deve leggersi pag. 235, nota 104); ma il Mitteis non altrimenti che il Ferrini (*Pandette*, pag. 275, nota 4), citato dagli

stessi a pag. 534, non fanno che richiamare ed applicare i miei risultati).

Il secondo è la L. 2, Cod., 3, 34, di Antonino Caracalla (ove è da leggere certamente *immobilium*, non già *mobilium*), che contiene più errori dal punto di vista classico e che è stato da me eliminato in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XV, 1893, pag. 177 e 179 (v. in seguito sotto il titolo *Usucapione delle servitù*).

La L. 23, pr., D., 41, 3, contiene un'interpolazione di prammatica segnalata *ab antiquo*, e, come nella L. 63 (la legge 3, Cod., 3, 34, non è citata), i due esimî autori sono ben lungi dal voler contestare l'evidenza. Nella L. 48, § 1, D., 19, 2, l'espressione *rem non immobilem* non pare ad essi sospetta; ma l'apposizione *non immobilem* a me non pare naturale, e il testo è giudicato interpolato dal Solazzi (*Iusiurandum in litem*, in *Arch. giur.*, vol. LXV, 1900, pag. 65).

La L. 15 pr., D., 2, 8, è reputata mal sicura dagli stessi Fadda e Bensa, per argomenti cui pienamente sottoscrivo. Resta la L. 3, § 1, D., 33, 6, che di nuovo non sembra sospetta ai due autori. È la più innocua, perchè non parla di *res immobilis*, ma giudichi il lettore se in questo frammento l'aggettivo *immobilis* non possa parere un'aggiunta per lo meno oziosa: « in cuppis autem sive cuppulis puto admittendum et ea deberi, nisi pari modo immobiles in agro velut instrumentum agri erant ». L'apposizione essenziale, come ognun vede, il momento da rilevare per la soluzione negativa (la serie degli esempî che precedono in questa legge lo manifesta ancor meglio) era *velut instrumentum agri*.

Quanto ai due passi delle regole di Ulpiano (XIX, 6, 8), l'antitesi tra *mobiles* e *immobiles* non è esattissima dal punto di vista del diritto classico, e, per lo meno, in ordine alla *mancipatio*, la distinzione doveva esser fatta tra *res mancipi* mobili ed immobili. E così Gaio per la *mancipatio* (Gai., I, 119), come Cicerone, Gaio, Gellio per la disposizione decemvirale relativa alla *usucapio*, parlano sempre di *praedia*, di *fundus* e *ceterae res*.

Fadda e Bensa notano che « era troppo facile che questi passi, non corrispondenti all'uso classico, ma piuttosto al bizantino, fossero guardati con diffidenza » (l. c., pag. 525). Ma la mia critica de' singoli testi si fondava su elementi giuridici e filologici totalmente indipendenti da questa dizione.

L'apprezzamento de' due autori è, per vero, abbastanza misurato e corretto. « Che proprio si debba scendere sino ai Bizantini per ritrovare usata l'espressione *res immobilis*, ci pare troppo azzardato ». E più precisamente, circa il passo di Ulpiano, si osserva: « Per quanto il passo ulpianeo possa aver sofferto nella riduzione fattane, non si deve dimenticare che tale riduzione risale, secondo la congettura del Mommsen, generalmente accolta, a non molto dopo il 320 d. C., ossia ad un'epoca in cui non si può parlare di influenza bizantina ». Ora qui conviene intendersi: se Fadda e Bensa hanno in uggia l'abuso della parola « bizantino », dichiaro che io nutro per questo abuso la stessa antipatia. Già il parlare di epoca bizantina, come talora si suole, nella crisi del secolo III e nella restaurazione dioclezianа dell'impero, quando Bisanzio, ridotta da Severo ad un oscuro villaggio, senza autonomia, risorgeva lentamente e attendeva da lungi i suoi grandi destini, è una vera ingenuità. Ma anche nell'epoca costantiniana il termine è un'esagerazione ed una anticipazione: le forme caratteristiche del bizantinismo non si affermano se non con Giustiniano, anzi, per quel che riguarda la reale influenza di Bisanzio, sino all'epoca della conquista della Siria e dell'Egitto per opera degli Arabi, essa era ben lungi dall'essere preponderante nelle varie forme di coltura di fronte ad Alessandria, a Berito, Antiochia ed alla stessa Tessalonica. Perciò io ho sempre tenuto a parlare di epoca « elleno-orientale o romano-ellenica ». Ma precisamente lo spirito dell'epoca elleno-orientale erompe quasi in forma repentina con l'imperatore Costantino, ed è nella legislazione piena di contraddizioni dell'imperatore Costantino che si hanno gli ultimi sprazzi delle *res manc.* nel

regime delle alienazioni e delle donazioni, ed il principio di un nuovo regime, che si incentra intorno alle cose immobili e mobili.

Tutta questa battaglia io combatto per dissipare gli equivoci, perseguendo anche i più grami elementi di illusione. In realtà, peraltro, per noi poco significherebbe che la coscienza di questa partizione vi fosse nei giureconsulti romani, poco importerebbe il deprimere la differenza tra le due categorie di oggetti o piuttosto le particolarità del *fundus*.

Non è l'importanza maggiore o minore che a noi rilevi, ma il carattere diverso. Le cose immobili e mobili nel diritto classico non rappresentano un'antitesi tra beni sociali e beni individuali, non sono base di un corrispondente, diverso, fondamentale regime giuridico.

Per chiarire interamente la mia posizione, io debbo anche dissipare un'irregolare valutazione del diritto romano in confronto col diritto moderno, che mi permette di sciogliere anche alcune riserve fatte nella discussione coi professori Fadda e Bensa.

Cito le parole di un insigne storico, il Solmi: nelle belle pagine, in cui egli valuta l'ordinamento della proprietà medioevale, osserva che nel diritto medioevale « si rompe quella concezione unitaria del diritto sulle cose, la quale i giureconsulti romani avevano saputo conquistare, e si delinea una distinzione più netta tra il dominio esercitato sulle cose mobili e quello relativo agli immobili, costruendo quasi, per l'una e per l'altra categoria, un diverso regolamento giuridico » (Solmi, *St. del dir. ital.*, Milano 1908, pag. 364).

Un adeguato apprezzamento de' nostri studi mena, se non altro, ad attenuare alquanto questo *giudizio tipico* (v. sopra, pag. 240). Quella concezione unitaria non v'è nel diritto romano classico, che distingueva tra *res m.* e *nec m.*; non v'è nel diritto *nuovo* (mi permettano il Fadda e il Bensa questa espressione tradizionale e chiara), che distingue tra immobili

e mobili. L'illusione è facile a comprendere, ma altresì facile a dissipare. Il Digesto è costituito con materiali classici: ciò che è cancellato lascia spesso una lacuna, che i compilatori non curano di riempire. A guardare solo le apparenze, nel diritto giustinianeo, sparita la tutela del sesso, le donne sono interamente libere, come non furon mai nella storia del diritto; l'eguaglianza delle cose è completa; l'accordo genera qualunque obbligazione, e tutte le forme sono soppresse. La realtà è diversa; ma conviene guardare fuori delle Pandette. Nel caso nostro vi ha di più: le solennità delle alienazioni e delle registrazioni pubbliche appartengono agli istituti provinciali, al diritto amministrativo, sono principalmente competenza dei prefetti del pretorio. Il diritto romano è divenuto un sistema universale, una massa fluida di principî generali, che conquista l'Oriente e l'Occidente, ma che in Oriente e in Occidente, per quel che concerne le materie attinenti al diritto pubblico, le materie di interesse sociale (siamo nel nostro ordine di idee), si integra coi diritti locali e col regolamento amministrativo.

Il diverso regolamento giuridico, che nel diritto classico concerneva le *res m.* e le *res nec m.*, concerne oramai, così nell'Occidente barbarico, cui si riferisce il Solmi cogli storici del diritto italiano, come nell'Oriente bizantino, le cose immobili e mobili.

Come gli storici del diritto italiano, così lo storico massimo del diritto bizantino (Zachariae, *Gesch. des Griech.-Röm. Rechts*, 1892, pag. 211) impianta su questa distinzione l'esposizione del sistema dei diritti reali, che divide, conforme ad essa, in due parti, dedicando la più ampia alla proprietà immobiliare (1).

---

(1) Nessuno forse più del Ihering nell'opera geniale che egli dedicò ad indagare lo spirito del diritto romano (*Geist des röm. Rechts*, II, Leipzig 1866, pag. 99 e segg., trad. fr. Meulenaere, II, pag. 104-107) ha celebrato con maggior calore la superiorità del diritto romano per questa assenza di una vera e propria distinzione de' beni immobili e mobili nell'êra classica: fenomeno che egli richiama allo spirito di egua-

Per completare queste nostre osservazioni debbo rilevare la posizione assunta dal PEROZZI di fronte ai nostri studi sul tema delle *res mancipi* e *nec mancipi*.

Egli ricorda « il potente impulso alla intelligenza (della distinzione) dato dal BONFANTE (*Studi per Scialoja*, 1905, pag. 222, nota 1) », ma certamente egli allude alla questione per me secondaria dell'origine storica, di cui si occupa in quello studio, giungendo a risultati analoghi ai miei. Per quel che riguarda il risultato essenziale cui pervengo nel capitolo che precede, la sua poderosa intelligenza è completamente chiusa al mio concetto per il seguente preciso motivo: che egli è dominato nel nostro tema da un vieto preconcetto, più economico che giuridico. Le *res mancipi* e *nec mancipi* rappresenterebbero, non solo per il regime giuridico (che noi valuteremo sinteticamente nel capitolo finale del presente scritto), ma *negli oggetti stessi*, un istituto antiquato, inadatto alla grande epoca imperiale, incomprensibile agli stessi giureconsulti romani. Ora questo preconcetto economico-sociale è precisamente da relegare nell'arsenale dei vecchi pregiudizi. La civiltà agricola della Roma di Cincinnato e di Regolo ha mutato forma, ma non si è mai

glianza de' Romani. Ma nessuno forse, nemmeno i più ardenti germanisti, ha giudicato lo stesso fenomeno con sentimento più acre verso il diritto romano di quel che abbia fatto il BEMMELIN, consigliere alla Corte d'appello di Arnhem, in un'opera notevole che s'intitola: *Le système de la propriété mobilière, droit antérieur, système du Code civil, droit futur*, Leyde 1887. L'autore rimprovera aspramente ai Romani di non aver stabilito tra i beni immobili e i beni mobili se non al più differenze accidentali e insignificanti, di aver fatto della proprietà una *istituzione bastarda*, che non soddisfaceva nè ai bisogni dell'una nè ai bisogni dell'altra specie di beni. I Germani dovettero ripigliare questo *abbozzo grossolano* (*sic!*) e trarne due istituzioni ben distinte, accomodate alle opposte esigenze, cui dovevasi soddisfare. Per gli immobili, che hanno bisogno principalmente di sicurezza, essi hanno creato per la prima volta *la vera proprietà sconosciuta ai Romani*: per i mobili si torna al possesso esclusivo e istantaneo.

Ci sembra che le nostre indagini tolgano l'adito così ai sogni fantasiosi, come ai deliri, nei quali d'altra parte, com'è chiaro, si deve riconoscere un motivo giusto e ben sentito.

schiantata dal nostro suolo nell'evo antico. La civiltà mercantile si svolse nella Roma e nell'Italia imperiale solo in quanto al lusso e al commercio del denaro; ma la grande vita industriale, che fioriva nella Siria, nell'Asia Minore, nell'Egitto, suscitando l'ammirazione entusiastica (se la lettera non è apocrifa) dell'imperatore Adriano, non è propriamente penetrata nella Penisola. D'altra parte, la vita industriale non aveva altra macchina che gli schiavi, i quali erano *res m.* Abbiamo riferito la frase caratteristica del Perozzi (v. sopra, pag. 38, n. 1). « Il perchè le *res m.* siano tali esse sole, era, in realtà, in condizioni giuridiche e sociali *remotissime*, *ignorate* o *trascurate* dai nostri giureconsulti, e invano si cercherebbe nell'idea naturale e nella *destinazione economica di codeste cose* » (*Istituzioni*, I, pag. 377-378).

Col richiamo al diritto primitivo, egli si contenta della spiegazione storica, nè considera che una distinzione così fondamentale, in tutta l'epoca veramente romana, la quale soltanto nell'epoca e nel suolo elleno-orientale non ha attecchito, nè poteva attecchire, doveva ben avere elementi di vitalità e rispondere, sia pur con qualche imperfezione, ad uno scopo essenziale. Il secondo rilievo circa la posizione dei giureconsulti è ribadito con l'osservazione: « Le *res mancipi* formano una categoria chiusa di cose, nè gli antichi sanno dirci perchè sono tali esse sole (Perozzi, l. c.) ». Ma saprebbe forse dirci un italiano o un inglese perchè i beni immobili o i beni reali siano soggetti ad un regime restrittivo? Certamente egli risponderebbe col semplice linguaggio di Gaio: « Perchè sono o si reputano le cose più preziose ». Ma se la scienza ha un còmpito, egli è quello di rivelare i motivi più concreti e profondi, che possono servire di criterio e di strumento così all'interprete come al legislatore. Chiamare ingenua finalmente l'opinione dei Proculeiani circa la restrizione del carattere di *mancipi* ai soli animali domati (Perozzi, l. c., pag. 378, nota 1) significa di nuovo non voler intendere il carattere di strumenti del fondo degli animali *mancipi*, che, a rigore, non può competere

oro se non quando siano domati (cfr. L. 8 pr., D. *de inst. el inst. legato*, 33, 7). Probabilmente la controversia era ıntica, e i Proculeiani, io riterrei (v. sopra, pag. 116), in uesta come in ogni altra controversia, più che innovare leliberatamente, seguono il criterio d'interpretazione ecoıomico-sociale, anzichè quello prettamente naturalistico dei Sabiniani (*statim ut nata sunt*: Gai., II, 15): opposizione di riterî ermeneutici, che, in molte applicazioni almeno, non ignifica seguire un indirizzo nuovo e progressivo ovvero radizionale e conservativo.

Postilla II. — Di scritti indipendenti e speciali sul ema delle *res mancipi* dopo il mio studio non mi occorre egnalare altro che quello dell'illustre e venerando profesore F. Eisele, in *Beitr. zur römischen Rechtsgesch.*, Freiburg-Leipzig 1896, a pag. 246-268. La tesi ch'egli sostiene s'imernia sul concetto paradossale del Danz e del Puchta v. sopra, pag. 52) che la *mancipatio* sia stata introdotta er agevolare, non per aggravare la trasmissione delle *res nancipi*. Nella recensione da me fatta di questi studi io ui necessariamente indotto a rilevare che il contributo del-'autore alla teoria delle *res mancipi* « mostra quanta poca ognizione si abbia in Germania della parte originale della ıostra produzione scientifica » (v. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, ol. IX, 1897, pag. 151). Anche la tesi giusta della non mancipabilità delle *res mancipi* è sostenuta dall'Eisele con lcuni de' miei ragionamenti stessi, ma con perfetta indiendenza: il che in questa parte mi fa quasi maggior iacere.

L'articolo, tuttavia, malgrado la traccia errata che segue 'autore, non manca (e sarebbe strano che mancasse in un al signore del diritto romano) di buone osservazioni e di occhi sicuri. Mi piace di rilevare in modo speciale — perchè iova di nuovo a mettere in luce come il critico del mio tudio prof. Ugo Krüger non abbia inteso la posizione vera lel problema — i termini nei quali il problema stesso è

fissato dal prof. Eisele (l. c., pag. 246): « Il riconoscimento della sua relazione con l'agricoltura non spiega ancora il fondamento della distinzione; non si può fare a meno di chiedersi: qual senso ha la separazione delle due categorie determinate di oggetti, che finalità si aveva di mira col distinguere l'una dall'altra?

Capitolo XI.

Origine delle " res mancipi " e " nec mancipi ".

1. Il problema delle origini è un momento del problema sul concetto della distinzione e sull'esplicazione storica di esso: laonde la via per la ricostruzione della primitiva figura giuridica delle *res mancipi* e *nec mancipi* è tracciata da tutta l'analisi precedente.

Come abbiamo dimostrato, nella essenza e nello sviluppo storico della proprietà si rivela un contrasto intimo, una lotta costante di due elementi e quasi di due volontà, sociale e individuale, che si estrinseca, per così dire, sensibilmente in distinzioni supreme di obbietti. Tale, abbiamo veduto, è il principio che governa la nostra distinzione, e si esplica nei varî elementi giuridici delle *res mancipi* e *nec mancipi*. Questa costruzione giuridica delle *res mancipi* e *nec mancipi* noi abbiamo esaminato fin dove si potè risalire nella storia. L'ultima indagine dovrà porgere l'esplicazione del medesimo principio nel momento iniziale, preistorico della nostra distinzione.

Ciò posto, la posizione vera del problema è la seguente: *In qual momento e in qual figura l'antitesi perpetua de' due elementi della proprietà si rappresentò per la prima volta nell'antitesi delle « res mancipi » e « nec mancipi »?*

Così inteso il problema, per proceder con metodo, si dovrebbe rilevare la condizione e l'evoluzione generale della società e della proprietà nella Roma dei re o nelle genti

atine: e appresso combinare i risultati conseguiti coi risul-
ati della evoluzione specifica della nostra distinzione.

Per vero (lo abbiamo già visto nella introduzione gene-
ale di questo scritto) rifar la tela delle origini romane, colla
corta della tradizione, è lavoro vano; nè gioverebbe al
ıostro intento assumer dati dubbî, e, per risolvere un pro-
ılema particolare, immergersi in una spinosa e vasta ricerca
l'ordine generale. Se non che, da un lato io credo che sarà
hiaro ormai come il problema delle *res mancipi* e *nec man-
ipi* non sia un problema limitato e particolare, dall'altro
ato io spero che divenga via via più chiaro, se non è già,
ome lo studio proseguito finora sul nostro tema ci metta
n grado di comprendere e valutare anche gli elementi fie-
oli della tradizione romana e di esercitare sul diritto com-
ıarato, che può illuminarli e integrarli, una critica adeguata.

2. Secondo l'opinione dominante, il diritto comparato ha
tabilito sulle più solide basi il concetto che il regime ori-
;inario presso qualunque popolo è la proprietà collettiva.
Nondimeno, sebbene la maggior parte degli studiosi accol-
ano il principio come un postulato, non mancano di quelli
he lo contrastano, insorgendo dallo stesso campo della
toria e de' fatti.

Però, chi ben guardi, sì nell'opinione de' fautori della
ıroprietà collettiva, sì nell'argomentazione degli avversari
i annida più d'un equivoco. In primo luogo la teoria è
roppo generale, ma troppo generale è pure la confutazione.
due elementi costanti della proprietà si rivelano in qua-
unque momento; sarebbe strano e tale da meritare una
piegazione se fosse altrimenti: e, quel che fa meglio al
aso nostro, si rappresentano, più o meno recisamente, in
istinte sfere di obbietti. In secondo luogo la teoria e la
onfutazione nei momenti storici da ciascuna considerati
ıon si corrispondono. I sostenitori della teoria comune a
agione mantengono che la nostra proprietà, e generalmente
a proprietà delle nazioni civili, sia uscita dal grembo

della collettività: a ragione rispondono gli avversari che la proprietà collettiva non è proprietà primitiva; non è infatti nel suo vero senso, nel suo massimo rigoglio primitiva, e sarebbe strano pure che in una età veramente primitiva, quando l'organizzazione sociale è ancora embrionale, fosse appunto prevalente nella proprietà l'elemento sociale.

Piuttostochè un misterioso, continuo svolgersi della proprietà individuale dal grembo della proprietà collettiva, un ascendere eterno, indefinito dell'individualismo — concezione che anche nel più breve corso della storia di un popolo si dimostra fallace — si potrebbe forse rilevare questo fenomeno generale: che la perenne lotta de' due elementi generi una perpetua, alterna vicenda, secondo che l'uno o l'altro de' due elementi imprime più spiccatamente il suo carattere alla proprietà, la quale sarà veramente collettiva o sociale, in una categoria più o meno larga di obbietti, quando l'elemento sociale sia prevalente.

Ora, in base a questo concetto, secondo che, di momento in momento, *l'energia del gruppo o dell'individuo sia più efficace e potente nella conquista e nella creazione de' beni o di taluni beni, secondochè il bisogno umano, in una determinata categoria di beni, abbia carattere prevalentemente sociale o individuale, naturalmente anche il diritto di proprietà tenderà ad assumere in prevalenza una figura sociale, collettiva, o una figura individuale.* Le fasi dello sviluppo umano mostrano appunto questa vicenda ne' bisogni umani e nelle energie necessarie a superare la lotta per l'esistenza.

E veniamo ora all'esame positivo.

3. Premetto che noi non indaghiamo l'origine della società e della proprietà, nè spetta veramente alle discipline storiche e giuridiche una siffatta investigazione. La società e la proprietà sono fatti primitivi, necessari, che derivano dall'esser uomo: intendendo però società non come denominazione generica di qualsivoglia gruppo o associazione, ma come designazione specifica della società necessaria per

la coesistenza e la difesa, la quale, considerando il suo scopo e la sua funzione essenziale, può essere distinta da qualunque altro gruppo sociale come società politica in lato senso. Checchè sia, dovunque l'uomo esiste, è parte almeno di questa aggregazione sociale; dovunque l'uomo compare, la terra e le sue produzioni non sono mai *res communes*, nel senso negativo di qualunque proprietà.

Ma qual'è la condizione primitiva della società e della proprietà? Se noi ricerchiamo la condizione veramente primitiva, le memorie o le tradizioni più vetuste dei popoli civili, le indagini linguistiche o altro genere di indizi non ci possono soccorrere: e ove si creda di doverla desumere solamente da quei dati, val meglio rassegnarsi a doverla ignorare.

Ma se le tradizioni dell'uomo primitivo non si conservano, la vivente immagine sua si può osservare, e dedurne, con le cautele debite, leggi universali. E una vivente immagine ci è presentata oggidì dalle popolazioni selvagge d'Asia e più largamente d'Africa, d'America, d'Australia (1). Ivi — e intendiamo nelle popolazioni più basse — la sola o pressochè sola aggregazione sociale è l'orda o la tribù: ed è una aggregazione nazionale, che costituisce la prima forma di una società politica; ma è in pari tempo una società politica rudimentale, mancante di coesione e di organizzazione, mancante di autorità efficace ne' suoi capi, di soggezione ne' suoi membri. L'assemblea de' guerrieri o degli anziani, presieduta dal capo della tribù, decide della guerra, della pace e delle controversie tra i singoli: ma i

(1) Ripeto che lo stato primitivo dell'umanità si può rinunciare a conoscerlo, ma volendo conoscerlo conviene osservarlo là dove esiste, non già *inventarlo* in base a elucubrazioni filosofiche. Che poi talune popolazioni selvagge sieno degenerazioni di popoli civili è possibile; che *tutte* sieno tali nessuna persona sensata vorrà sostenerlo. — Ancora: che talune condizioni e talune forme sieno speciali o accidentali, per es. in ordine ai rapporti sessuali, si conviene pure; per stabilire l'universalità del fenomeno occorre (lo ripetiamo) argomentare la necessità della causa.

singoli sembrano volontariamente concorrere alla guerra o sottomettersi alle decisioni. De' rapporti sessuali è meglio non parlare; la famiglia come società stabile, cioè come vera società, in qualunque concetto e in qualunque forma, non esiste nel grado più basso dell'umanità (1).

A questo grado dovrà corrispondere e corrisponde in effetto una prevalenza assoluta dell'elemento individuale nella proprietà. Caccia o pesca, lo stadio primordiale dell'economia, costituiscono le occupazioni principali presso le popolazioni più basse: raccolgono i prodotti naturali del suolo e in gradi più sviluppati (giammai, come pare, nell'Australia) coltivano qualche cereale, di facile e pronto germoglio, perchè una rudimentale coltivazione è contemporanea al periodo della caccia (2). Quindi gli obbietti principali e primitivi di proprietà sono cose mobili: armi, utensili, battelli, vesti e ornamenti, provvigioni, cioè prodotti del suolo e prodotti della caccia o della pesca, schiavi e talora qualche animale domato, come cavalli, cani, buoi; e sono obbietti di proprietà individuale. Proprietà individuale è pure l'abitazione o il ricovero primitivo; ombrelli, amache, capanne e simili: ed è così rigorosamente intesa che più persone, le quali abitano in comune, hanno luogo e giaciglio distinto e quello solo riguardano come proprio. Proprietà individuale è anche un recinto più o meno grande attorno alla capanna, dove alcun altro non osa penetrare

(1) [Il concetto di una promiscuità primitiva e lo stesso concetto dell'origine universale dell'umanità dall'orda sono da ritenere dottrine fallaci o dubbie. Tanto il primo quanto il secondo sono stati battuti in breccia da una schiera di studiosi, principalmente il Westermarck, e di osservatori più cauti e spregiudicati della società primitiva. V. sul primo punto l'articolo di Ch. Appleton, *De quelques problèmes relatifs à l'histoire du mariage*, in *Revue gén. de dr. et de jur.*, vol. XL, 1916, pag. 154 e segg.; sul secondo punto il nostro articolo: *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali, primitive* in *Scritti giur. varî*, vol. I. specialmente pag. 35 e 63, e la stessa nota a pag. precedente in fine].

(2) Questa coltivazione è sempre affidata alle donne, ai vecchi, ai fanciulli. Cfr. presso i Germani, Tac., *Germ.*, 15: « delegata — agrorum cura feminis senibusque et infirmissimo cuique ex familia ».

senza permissione, e dove l'individuo raccoglie i prodotti spontanei (spesso i più miserabili, radici, erbe, vermi) e semina qualche cereale.

Nessun vincolo, sociale o familiare, limita quandochessia la vendita, la donazione e l'abbandono di questa proprietà. Dove s'inizia una certa regolarità nelle relazioni sessuali e dove la donna non è tenuta schiava, ha una proprietà distinta, separata da quella dell'uomo. Più che individuale questa proprietà è assolutamente personale: *ossibus personae inhaeret*. Già il selvaggio non abbandona mai le sue armi, nemmeno nel sonno; ma presso numerose popolazioni vige inoltre il costume che gli oggetti posseduti da un individuo, le armi, le vesti, gli ornamenti, gli utensili, i cani da caccia e gli altri animali prediletti si seppelliscano alla sua morte con lui o si abbrucino sul morto (1). Spesso si abbrucia anche la capanna o si seppellisce il cadavere entro la capanna, che vien chiusa; quando un uso più barbaro non imponga il sacrificio di persone appartenenti al defunto, gli schiavi e la moglie tenuta come schiava. Persino il campo del defunto, presso gli Indiani d'America, non si coltiva più, quando, vivente, ei non l'abbia assegnato al figlio o a un amico. Vi ha infine una generale superstiziosa osservanza, che vieta di servirsi degli oggetti appartenenti al defunto.

Ma come si riconosce e come si protegge la proprietà presso le popolazioni selvagge? S'ode ripetere anche per coteste forme veramente primitive, che siamo in presenza di un mero rapporto di fatto, che una proprietà siffatta è meramente possesso.

Conviene intendersi e per lo meno fare delle riserve. Questa proprietà tocca dappresso il limite di un mero rapporto di fatto, nel senso che l'elemento più vivo è la signorìa

(1) [Cfr. presso i Galli: CAES, *De b. g.*, VI, 18. In piena civiltà romana (I sec. d. C.) un Gallo ordina nel suo testamento che siano cremati col suo cadavere tutti gli strumenti da caccia, e li novera con cura minuziosa. Cfr. *Test. Galli cuiusdam*, in BRUNS, *Fontes*, VII ed., n. 118, pag. 311].

del volere individuale della cosa: non però nel senso che trattisi di una mera detenzione o disponibilità materiale della cosa, perchè il selvaggio ha vivissimo il sentimento della cosa sua. Ora, così concepito, questo rapporto di fatto è rapporto di proprietà. V'ha di più. Esso non è veramente spoglio di ogni garentia. Le relazioni degli esploratori parlano di consuetudini radicate nell'animo de' selvaggi, che impongono il rispetto della proprietà; di un sentimento generale che la proprietà, consista pure in pochi utensili, è cosa sacra: che anzi l'onestà specchiata de' selvaggi è spesso il tema delle meraviglie de' viaggiatori ed è fin divenuta luogo comune. Il Dargun opina che consuetudini siffatte derivassero nell'origine dal vil pregio degli oggetti e dalla facilità di conquistarli ciascun da sè, e appresso, in lungo spazio di tempo, siensi convertite in abito e sentimento naturale. Ad ogni modo sono consuetudini e regole che manifestano la coscienza del diritto e ne costituiscono la sanzione efficace: sono i primi germi del *mos* e del *fas*.

Certo il bisogno e lo spirito prepotente, specialmente in talune razze (Cafri, Ottentotti), sospingerà spesso alla violenza. Ma la lotta con cui ciascuno difende vigorosamente la cosa sua, è lotta per il diritto; quando è fiacco l'organismo politico, destinato per sua natura a realizzare il diritto (non dirò quando manchi, perchè in tal caso non saremmo in presenza d'uomini), ciascun uomo è uno Stato.

Di più, se è detto che son rare le controversie sul mio e sul tuo, ci è pur riferito qua e là dai viaggiatori che esse, quando insorgono, vengono recate e decise innanzi agli anziani o ai capi.

4. Ora i fatti osservati e rilevati concordemente da viaggiatori e scienziati nelle tre parti del mondo popolate tuttavia in una vastissima estensione di generazioni, che in tutte le forme dello sviluppo umano non hanno superato lo stadio primitivo, corrispondono effettivamente a condi-

zioni universali e necessarie nel momento primitivo della umanità, sì da potersi stabilire come fenomeni necessari e universali in quello stesso momento? Se il bisogno nel momento primitivo dell'umanità ha carattere eminentemente individuale e spesso momentaneo, se nella conquista e nella creazione degli obbietti che rispondono all'economia primordiale non si può concepire altra energia all'infuori dell'energia individuale, *è naturale e necessario che la proprietà individuale si ritrovi essere la figura più spiccata di proprietà in quel momento.*

Da fatti di simil genere lo Spencer, il Roscher, il Mill, il Dargun ed altri autori argomentano contro la esistenza della proprietà collettiva originaria.

Lo Schoolcraft, osservando l'assolutezza della proprietà individuale presso gli Indiani d'America, è tratto fino ad asserire che gli Indiani hanno idee molto giuste sulla proprietà: e il Lubbock fa pure le meraviglie che presso gli Australiani, i quali sono meno progrediti socialmente delle Pelli-Rosse, ogni individuo maschio possegga una terra, di cui può sempre dichiarare i limiti esatti, e possa alienare o smembrare liberamente la sua terra.

Ora che dai fatti osservati si possa logicamente desumere uno stato universale al momento primitivo dell'umanità, a noi par certo: ma pare egualmente certo che non sono fatti concludenti per la tesi assoluta, che nega la proprietà collettiva in qualunque momento.

5. Ma d'altra parte non manca nemmeno in questo momento il primo addentellato della proprietà collettiva e di una distinzione nella figura della proprietà e nella specie dei beni. La terra è proprietà comune dell'orda o della tribù: è il comune territorio da caccia e più tardi da pascolo; è limitata sempre da noti confini, poichè anche le tribù nomadi scorrono entro confini segnati; è difesa con cura gelosa contro qualunque invasione o turbativa dell'uso da parte delle tribù o dei membri di tribù vicine.

Nell'America si alienava sovente parte del territorio dall'una o dall'altra tribù ne' contratti cogli immigranti europei: città fiorenti sorsero sovra porzioni di territorio per un prezzo irrisorio comperate dalle tribù indiane. Frequentissimi poi divennero siffatti contratti con l'Unione dal 1790 in poi.

Il Dargun non ravvisa in questo diritto della tribù un rapporto privato, di proprietà, ma un rapporto politico, d'impero: ritenere altrimenti sarebbe un confondere il diritto pubblico col privato. E sia: ma di questa confusione è colpevole la società primitiva e la storia.

I contratti degli Indiani coll'Unione, dichiara il Dargun, sono contratti di diritto pubblico. Ma si alienano forse col suolo anche le persone, o non avviene piuttosto che gli individui della tribù sono costretti a ritirarsi da un territorio, sul quale esercitavano caccia, pesca o pastorizia in comune?

Infine il Dargun, per negare la proprietà della tribù, trae argomento dall'appropriazione individuale dello spazio di terreno che cinge la capanna, senza che a ciò si richieda l'attribuzione o l'assenso della comunanza o che la comunanza vi contrasti mai. Ma se l'*assegnazione* è un sistema per l'acquisto individuale di possesso o proprietà di terre pubbliche, non è nuovo, anzi è forse per lungo tempo più comune l'altro sistema, per cui l'acquisto individuale di possesso o proprietà avviene in virtù dell'*occupazione* permessa ai membri della comunanza: e l'occupazione permessa ai membri della comunanza è ben argomento che questa ne ha la proprietà.

Come noi effettivamente in base agli elementi posti possiamo concepire questo rapporto? La tribù è un organismo politico, quindi ha certamente un rapporto d'impero nel suo territorio.

Ma d'altra parte tutta la tribù in comune fruisce dei prodotti del territorio, ne esclude gli estranei, ne aliena frazioni più o meno estese: abbiamo insomma una rela-

zione o una signorìa della volontà sociale sulla terra come obbietto di godimento, cioè un rapporto di dominio sociale.

Adunque la tribù, oltre al rapporto d'impero, ha un vero rapporto di proprietà sul territorio. Nella presente ricerca noi dobbiamo prescindere dal primo, il quale è naturalmente congiunto alla natura politica della tribù, e considerare solo il secondo. Poichè questo organismo politico primordiale non assume certamente, come lo Stato moderno, la figura e la posizione di una personalità distinta dalla somma degli individui che lo compongono, una siffatta proprietà non si può concepire come proprietà pubblica nel senso moderno, cioè riconosciuta nell'ente Stato, ma come proprietà di una somma di individui legati insieme da vincolo sociale.

Ed anche questa incipiente forma di proprietà sociale, che noi rileviamo presso le tribù selvagge, si può fissare come necessaria e universale in questo momento. Sulla terra non si imprime ancora normalmente l'attività dell'individuo che la faccia sua: vi si esplica invece l'attività sociale, almeno nella prima esplicazione di qualunque attività, l'acquisto per occupazione o invasione e lo sforzo per mantener la conquista.

Ma d'altra parte è perfettamente naturale e necessario che la relazione signorile del gruppo colla terra si riveli in una forma indistinta e poco consistente, prestandosi quindi facilmente a essere negata: l'elemento sociale ha poca consistenza, i bisogni e le energie più vive e persistenti non hanno carattere sociale. Invece, poichè unica e vera forza creatrice è l'energia individuale, l'elemento prevalente è l'elemento individuale e la figura più spiccata di proprietà è la proprietà individuale: quindi appena l'attività dell'individuo si circoscrive a uno spazio limitato della terra comune e si esercita efficacemente a sfruttarlo, senza attribuzione espressa, senza decorso di tempo, conquista la proprietà.

Tale è la condizione della proprietà nel momento veramente primitivo (1-2).

6. Però come da questo momento si procede lentamente nello sviluppo lo stato delle cose muta gradualmente, ma profondamente. All'indipendenza vivace dell'uomo primitivo, avente un debole centro di vita sociale nell'orda o nella tribù primordiale, allo stato di atomismo individuale, che spicca nell'età più bassa dell'umanità, succede a mano a mano una vera esaltazione del principio sociale: e, corrispondentemente, alla prevalenza dell'elemento individuale succede la prevalenza dell'elemento sociale nella proprietà. È questo il momento della proprietà sociale o collettiva;

---

(1) L'opinione dominante (la quale d'altra parte non risica se non d'esser vera in un momento ulteriore) e le idee sulle quali si fonda furon messe innanzi per la prima volta, in forma di teoria storica e concreta, dal Maine. Altri o esprime la teoria senza più, o ripete i pensieri del Maine. Giova pertanto vedere la traccia, che, a nostro avviso, ha in parte fuorviato l'illustre A., i pensieri del quale pure fallaci, non essendo mai d'una fallacia volgare, vengono ripetuti come argomenti. Egli comincia dal ribattere lungamente la teoria dell'*occupatio* (*Ancien droit*, c. VIII, pag. 230-240); e conchiude il suo discorso così: « La nozione che un atto di tal genere (l'*occupatio*) dia un titolo alla proprietà degli oggetti che non appartengono a veruno, lungi dall'essere un carattere delle società primitive, è probabilmente la conseguenza d'una giurisprudenza raffinata e d'uno stato di diritto progredito. Gli è solo quando il diritto di proprietà è stato sanzionato da una lunga inviolabilità, quando il più grande numero di oggetti di godimento sono divenuti materia della proprietà privata, che si è accordato al semplice possesso il potere di conferire al primo possessore la proprietà delle cose che non hanno ancora proprietario. Il sentimento che ha dato origine a questa dottrina è assolutamente incompatibile con lo stato di rarità e d'incertezza del diritto di proprietà che caratterizza il cominciamento della civiltà. Sembra che la sua vera base sia non una forza istintiva tendente all'istituzione della proprietà, ma la presunzione nata dalla lunga durata di questa istituzione, *che ogni oggetto debba avere un proprietario* ».

Considerazioni acute, si nota da chi le assume; ma l'acutezza non significa che sien nè evidenti, nè dimostrate vere. L'osservazione dei fatti prova che son false. Presso i selvaggi questo sentimento vivace del mio e del tuo, e bene spesso una coscienza religiosa della cosa

esso non corrisponde propriamente all' epoca primitiva dell'umanità, ma alla lunga êra di mezzo nella vita dei popoli.

Gli elementi per la ricostruzione di questo momento sono molto più copiosi e diversi. Da un lato mentre le tradizioni dell'uomo primitivo non si conservano, ma se ne può solamente osservare la condizione presente, di questa età di mezzo si conservano e tradizioni e memorie e notizie storiche; inoltre, anche sugli inizi di uno stato veramente civile, le traccie dello stato precedente non si cancellano interamente.

Dall'altro lato l'osservazione diretta, se è possibile per gli stadî primitivi della società umana, più largamente si può

---

altrui, esiste veramente. Si osserva, è vero, assai meglio di quel che si ragioni; ma per questa difficoltà filosofica si dovrà negare che sia possibile ciò che è nel fatto e fissare il domma della proprietà collettiva come il fenomeno originario? Pure a tale è condotto il Maine: « *Secondo ciò che abbiamo detto nella prima parte di questo libro* (*Ancien droit*, c. V, *La società primitiva e l'antico diritto*) si può pensare che è ben poco probabile *a priori* che noi possiamo comprendere la storia primitiva della proprietà, se noi limitiamo i nostri studi alla proprietà individuale. Egli è più che verosimile che la proprietà collettiva, e non la proprietà individuale, sia la vera istituzione primitiva, e che le forme di proprietà, lo studio delle quali ci può ammaestrare, sono quelle che si ricollegano ai diritti di famiglia e di gruppi di parenti » (pag. 244).

Pare che il Maine abbia ragionato *a contrariis*, volendo condurre irresistibilmente a una soluzione preconcetta *per ciò che ha detto nella prima parte*; ma l'organizzazione sociale da lui rappresentata al cap. V, adunando le notizie degli antichi Germani, degli Indiani, degli Slavi e le memorie antiche della Grecia e di Roma, non è organizzazione primitiva.

(2) Cfr. per notizie e osservazioni: Spencer, *Princ. de sociologie*, Paris 1883, vol. III. — Dargun, *Ursprung und Entwickelungsgeschichte des Eigenthum* (nella *Zeitschr. f. vergl. RW.*, vol. III, 84). — Lubbock, *L'homme avant l'histoire*, Paris 1873. — Martius, *Von den Rechtszustände unter den Ureinwohnern Brasiliens*, München 1832. — Robertson, *Hist. de l'Amérique*, VII. — Raynal, *Histoire phil. et polit. des établissements des Européens dans les Deux Indes*, passim. — Fonti principali citate per le condizioni odierne degli Indo-americani, sono lo Schoolcraft e il Martius istesso: per i selvaggi dell'Oceania, l'Ellis e il Taylor.

esercitare per lo stato della società umana in quest'epoca di mezzo.

Una disamina larga, persistente sulle molteplici forme e sulla evoluzione della proprietà collettiva, venne istituita ai nostri giorni con intenti più generali e con ampiezza di ricerche dal Maine in tutte le sue opere e dal Laveleye nel suo notissimo studio; ma già innanzi e dopo costoro numerosi autori o studiosi ne scoprirono le tracce, ne studiarono le forme presso uno o altro gruppo di popoli.

Noi non riassumiamo i resultati particolari di tutta questa larga disamina. Ciò dovrebbe essere obbietto di un'opera speciale, nè si potrebbe fare senza molta cautela e molta critica. A noi interessa solamente di rilevare due cose: che questo larghissimo studio ci porge tal massa di testimonianze sull'esistenza di forme collettive di proprietà in un momento dell'evoluzione umana che l'induzione è fino a un certo punto esaurīta colla osservazione; e che il momento a cui si riferisce tutta quella massa di testimonianze, non risponde alla notte oscura dell'umanità, e per conseguenza, se il fenomeno si potrà stabilire come universale, non è contraddetto dai fenomeni individualistici osservati nelle popolazioni più basse.

Una bellissima prova che i due fenomeni, benchè contraddittorî, si generano l'uno dall'altro, si trae dall'osservazione diretta delle stesse razze indigene, in base alle quali fu istituita l'indagine precedente, e specialmente dalla osservazione della razza americana. Come tutte le grandi famiglie dei popoli, le tribù e le nazioni indigene d'America presentano uno sviluppo svariatissimo e nondimeno è a credere che derivino tutte da un tronco unico. Per tal modo esse più che stati diversi, di cui lo studioso debba ricercare i nessi e le successioni, mostrano una vivente immagine della evoluzione naturale.

Noi non possiamo qui recare una serie di esempi e stabilire una serie di gradi intermedî. Notiamo solo ciò che presenta il grado supremo di sviluppo ne' popoli americani,

corrispondente alle nostre età più antiche. Nelle razze più elevate d'America al tempo della scoperta, le quali erano già pervenute all'economia agricola, Messicani e Peruviani, esistevano forme di organizzazione sociale strettamente serrata e disciplinata, ed esistevano forme spiccate di proprietà collettiva. Nel Messico la terra era assegnata a comunità di famiglie, proporzionatamente al numero delle famiglie che ciascuna conteneva: tutti coltivavano in comune ed il ricolto si recava in magazzini comuni, distribuendone alle famiglie singole, secondo i bisogni di ciascuna. Presso i Peruviani, che ci vengono rappresentati come più civili dei loro vicini, il suolo era diviso in tre parti: la prima assegnata al culto e alle cose divine, la seconda ai servigi pubblici, la terza al mantenimento dei soggetti.

Quest'ultima parte veniva divisa annualmente tra le singole famiglie, secondo la dignità, i componenti, i bisogni di ciascuna (1).

Però, pure non potendo scendere a particolari, a noi conviene esprimere la rappresentazione generale del fenomeno.

Ora, per quel che concerne l'organizzazione sociale, in questo momento una serie molteplice di successivi organismi sociali si va formando, che si designano colle denominazioni generiche: famiglia, gente, comunità, tribù e simili; ma si perdono o si confondono a un certo momento nelle agglomerazioni puramente nazionali. Qual'è la natura di tutti questi organismi primitivi? Secondo il Maine e secondo l'opinione generale, il principio costitutivo di tutti questi gruppi e genericamente il principio costitutivo della società primitiva è il principio di famiglia, l'origine comune: la società politica o lo Stato sorge quando la convivenza territoriale è riconosciuta come base di diritto, quando al vincolo originario di parentela, di sangue è sostituito il vincolo territoriale. Una siffatta concezione a me non par giusta. Io ritengo che il principio costitutivo di quelle prime

(1) ROBERTSON, *Hist. de l'Amérique*, l. VII.

aggregazioni, a partire dalla famiglia primitiva (essenzialmente distinta nella costituzione e nel fine dalla moderna), fosse appunto *il principio dell'agglomerazione politica per tutti gli scopi necessari o contingenti di una società politica.*

In una indagine che ha scopo speciale a noi non è permesso di mostrare la fallacia dell'opinione comune in tutti i suoi particolari, e la verità del nostro pensiero in proposito (1).

Come poi si origina ciascuno de' gruppi è altro problema. L'opinione dominante, secondo la quale tutti hanno la natura della famiglia, ritiene altresì che derivino tutti da una espansione della famiglia naturale.

Io penso anche in questo punto diversamente e ritengo che le agglomerazioni superiori, nelle quali il vincolo di origine comune comincia ad aver carattere immemorabile o leggendario, non siano nella sostanza che l'antica tribù o frazionamenti di quella. Ciò che ha falsato il vero è, per mio avviso, pur sempre l'influenza dell'intuizione naturalistica de' popoli stessi, la quale però si compiace di rappresentare come discendenti da una sola famiglia anche le agglomerazioni più vaste e meramente nazionali, e infine l'intera umanità.

Ma precipuamente caratteristica in questo momento è l'esaltazione del principio sociale.

L'individuo è veramente costretto in una fitta rete di relazioni e di doveri. Sembra che nel grado estremo di questo sviluppo, la potenza sociale, diffusa ne' varî gruppi, crescendo di ordine compatto, di azione potente ed invadente, premendo via via più la libera attività dell'individuo, tenda a concepir questo come puro mezzo ai suoi fini: fenomeno che si rivela o nella forma di una vera disci-

---

(1) [Rinvio per la dimostrazione ai miei due scritti speciali: *La gens e la famiglia primitiva* (1889) e *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive* (1915), in *Scritti giuridici*, vol. I (*Famiglia e Successione*), pag. 1-63].

plina sociale, od in quella di una soggezione assoluta al volere di una persona investita perpetuamente di tutta l'autorità sociale.

Come ora si rappresenta la costituzione generale della proprietà? La proprietà della terra è rigorosamente e schiettamente figurata come proprietà sociale; ma proprietà sociale sono anche le abitazioni oramai fisse: proprietà sociale sono anche taluni altri obbietti, o armenti o strumenti della produzione agricola. La proprietà di altri obbietti spetta all'individuo; ma la figura che più spicca è la proprietà sociale o collettiva, tantochè gli scrittori trascurano comunemente di discorrere degli elementi di proprietà individuale. Ancora: il sentimento della proprietà individuale, così vivo ne' popoli naturali, si trova ora sopraffatto e oscurato, e, in un grado estremo, veramente tutta la proprietà può essere assorbita dal gruppo o usurpata dal sovrano del gruppo. Gli atteggiamenti, gli obbietti della proprietà sociale variano da popolo a popolo, i diversi gradi s'intrecciano.

In generale ne' momenti più antichi la terra è posseduta, messa in coltura e sfruttata dal gruppo superiore; è veramente proprietà collettiva nel senso stretto: ne' momenti più tardi è posseduta temporaneamente o perpetuamente e messa in coltura da gruppi più ristretti. Ma non mancano deviazioni singolarissime.

Tale è la rappresentazione generalissima della costituzione sociale e della costruzione della proprietà, quale risulta dall'osservazione e dallo studio di questa êra di mezzo dell'umanità. Ora una siffatta rappresentazione ha essa una base concreta, reale nella natura delle cose, sì da poter assorgere all'induzione di un momento necessario e universale? Per vero la ragione de' fenomeni esposti pare abbastanza logica e perspicua, considerando le condizioni universali della società umana nel momento di cui si ragiona. Il lungo periodo di preparazione e di avviamento alla civiltà, il periodo nel quale all'economia selvaggia succedono gli stadî dell'economia pastorale e agricola, è uno

stato perenne e acuto di lotta: lotta dell'uomo coll'uomo per la conservazione dell'esistenza e delle condizioni esteriori dell'esistenza; lotta dell'uomo colla natura, per l'adattamento e l'assoggettamento degli elementi naturali e specialmente della terra al servigio suo. Ora, sì in quella come in questa, la forza dell'individuo è assolutamente inefficace e impotente: sì in quella come in questa condizione necessaria di vita e di progresso è la più stretta consociazione per la lotta; poichè in tale stato avanzano e vincono quelle stirpi in cui la coscienza e la disciplina sociale sia più vivace ed energica. Ora nel campo economico siffatte condizioni e più particolarmente la lotta colla natura necessariamente creano una organizzazione sociale del lavoro: laonde, poichè l'energia sociale compare come la prima e l'unica energia creatrice, *la proprietà di taluni obbietti e tutta la proprietà si rappresenta come una funzione sociale e si figura distintamente come un diritto del gruppo.*

In base a queste considerazioni ci sembra veramente si possa fissare la proprietà collettiva come momento necessario, universale nella storia dell'umanità, nello stato di transizione dalla barbarie alla civiltà o nella prima êra della civiltà. I gradi delle due lotte, l'infinita varietà di eventi, di relazioni e di condizioni che le combinano, le esaltano o le modificano variamente, debbono generare quella infinita varietà nella costituzione generale della società, quella successione di fasi, di atteggiamenti e di elementi nella proprietà collettiva.

Concludendo: in questo momento *la distinzione delle due categorie di beni, sociali e individuali, o delle due figure di proprietà si converte in una antitesi di beni proprî dell'individuo e beni proprî di uno o altro gruppo sociale: proprietà individuale e proprietà sociale* (1).

(1) Cfr. intorno a questo momento e per la comparazione successiva principalmente le opere seguenti: Per l'evo antico: VIOLLET, *Caractère collectif des premières propriétés immobilières* (*Bibliothèque de l'école des Chartes*, 1873). Per la nozione dei fenomeni che presentano

7. Questo momento dovremmo ora stabilire nella vita le' popoli ariani e ricercarne gli atteggiamenti comuni. Certo nell'epoca della migrazione e della separazione nessuno aveva superato questo momento. Certamente però non erano selvaggi e non ignoravano le prime arti o i primi usi civili; tale è senz'altro il risultato della comparazione linguistica. Erano pertanto sugli albori dell'età di mezzo e recavano con sè, al loro dipartirsi dalla sede originaria e dalle stazioni successive, atteggiamenti o germi comuni

gli Arî o singoli gruppi etnici ariani (Greco-italici, Celti, Germani, Slavi, Indiani) in ordine alla costituzione della società e della proprietà: MAINE, *Études sur l'hist. des inst. primitives*, tr. fr., Paris 1880; *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tr. fr., Paris 1884; *Village Communities in the East and West*, London 1871, 4ª ed. 1883. — LEIST, *Graeco-italische Rechtsgesch.*, Jena 1884. — FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, Paris 1872. — HEARN, *Aryan Household*, London 1879. — NASSE, *Ueber die mittelalterliche Feldgemeinschaft und die Einhegungen des XVI Jahrh. in England*, Bonn 1869. — SKENE, *The Highlanders of Scotland*, London 1873. — BRUNNER, *Deutsche Rechtsgesch.*, Leipzig 1887. — FUSTEL DE COULANGES, *Recherches sur les Germains*, (Académie des sciences morales et politiques, 1885). — WAITZ, *Deutsche Verfassungsgesch.*, Kiel 1880. — SCHUPFER, *Allodio* (nel *Dig. italiano*). — LEHR, *Droit russe*, Paris 1877. — Per una esposizione più generale e più ricca dei fenomeni di proprietà collettiva: LAVELEYE, *Propriété et ses formes primitives*, 2ª ed., Paris 1877.

Se il fine particolare della nostra trattazione e la scienza in cui versa il nostro studio non ci sospingessero troppo, avremmo potuto a questo punto richiamare e intrattenerci sopra un ricorso interessantissimo di storia moderna, che ci permette, per circostanze altrettanto rare quanto fortunate, di recare in argomento di fatti sociali quella riprova della sperienza in momenti e condizioni diverse, l'uso della quale ha gittato tanta luce nello studio de' fenomeni fisici. Tale ricorso, che è la riprova più splendida della legge fissata, ci è fornito dalle atroci e spaventevoli lotte colla vergine natura sostenute dai coloni moderni, che si piantarono come coltivatori e non andarono come cercatori di oro nelle nuove terre e specialmente nell'America del Nord; dalle grandiose e terribili vicende, che rinnovarono in popolazioni colte e civili fenomeni singolarissimi, che il criticismo odierno nega ora nella storia primitiva; e più che altro dalle forme sociali di proprietà e di coltivazione delle terre, di godimento de' beni, istituite soventi volte per moltiplicare gli sforzi atti a vincere in questa lotta. Così fu, ad esempio, nella Virginia, dopo 30 anni di prove lacri-

di sviluppo delle istituzioni caratteristiche di questa età di mezzo.

In base a questo risultato della comparazione linguistica, possiamo noi ricostruire e rappresentare uno sviluppo comune presso i varî popoli della famiglia ariana, finchè durò questo momento, iniziato innanzi alla separazione? Gli studi recenti e abbondanti, specialmente del Maine, ci porgono modo di poterlo fare.

---

mevoli. E i coloni europei si recavano nelle vergini terre provveduti abbondantemente dagli Stati o dalle Compagnie d'armi, di viveri, di semenze, di strumenti agricoli, di animali domestici, di tende; soccorsi infine di tutti i mezzi che la civiltà può fornire per vincere la natura.

[Dal 1888 la bibliografia su quest'ardua e ardente questione è immensamente cresciuta. I cultori di storia economica sono entrati nella discussione, molti lati sono stati approfonditi, molti errori sono stati dissipati. Potrei asserire anzi che lo studio scientifico della proprietà collettiva è tutto posteriore agli anni in cui io scriveva.

Io non tento nemmeno di riassumere questa letteratura e i suoi risultati: un saggio se ne può avere in un modesto, ma acuto scritto di G. Blondel, *Notes sur les origines de la propriété*, in *Mél. Charles Appleton*, 1903. Avverto soltanto che i nuovi studi, pur ampliando il campo della proprietà collettiva con numerose osservazioni, sfrondano molte illusioni, in quanto rivelano il carattere ora tardo e sporadico, ora contingente e inerente alle condizioni del suolo di molte figure di proprietà collettiva. La tesi della proprietà collettiva nella sua vera e propria organizzazione di lavoro e godimento in comune, collocata alle origini della società umana, la tesi di un graduale passaggio dalla collettività alla proprietà individuale, di una serie di fasi uniformi, attraversate dall'umanità su tutta la faccia della terra, rompe di fronte a una serie di osservazioni e di considerazioni, di fronte all'analisi economica delle istituzioni e all'analisi critica de' testi.

Su qualche punto già il mio scritto rappresentava una vera e propria reazione, in quanto io non collocava la proprietà collettiva alle origini dell'umanità e non ne faceva in nessun momento l'unica forma di proprietà; anzi in un certo senso per me la più pura forma di proprietà, di un diritto avente un sostrato schiettamente economico e non sovrano, era quella sulle cose personali.

Ma la reazione non era forse sufficiente e la mia convinzione attuale è che sia escluso lo schematismo di forme successive di vera proprietà collettiva attraversate da tutta l'umanità. Soltanto la proprietà del gruppo familiare sembra rappresentare una fase universale, o certo abbastanza generale; e per il nostro scopo ci basta. Il diritto comparato ci ha troppo inoculato la tendenza a universalizzare].

Ricerchiamo dapprima quali sieno gli organismi sociali comuni. Avvertiamo che una tale ricerca ha i suoi limiti, come ha scogli pericolosi. Il limite fondamentale è questo: che la corrispondenza tra i varî gruppi sociali si potrà avere negli organismi inferiori, non nei superiori, poichè la formazione de' gruppi superiori per aggregazione o espansione di gruppi inferiori può essere varia secondo lo spirito del popolo, le sue condizioni di territorio e di lotta e può essere inoltre arrestata dalla formazione dello Stato, la quale, per virtù di uomini e di cose o per condizioni naturali di territorio, può avvenire in un gruppo più o meno vasto, cioè in un grado o in altro dell'agglomerazione. Gli scogli sono parecchi: e ci sembra che tanti serî intelletti abbian naufragato in quegli scogli che non tornerebbe ad onta se ci andasse a picco anche la nostra navicella. Tali: la variabilità e l'uso promiscuo, nel linguaggio volgare, delle denominazioni speciali di ciascun gruppo, per la natura uniforme loro; l'incertezza e il convenzionalismo nelle stesse denominazioni, che sono spesso denominazioni posteriori o designazioni generiche fornite da un altro popolo; la variabilità ne' gruppi stessi per sviluppi o esaurimenti e le trasformazioni loro; la facilità di confondere unità politiche e agglomerazioni puramente nazionali; e, quel che occorre più frequentemente, la facilità di scambiare per organismi politici, secondo la nostra concezione, quelli che sono organi politici o politico-amministrativi, creati veramente dallo Stato, o anche mere circoscrizioni territoriali; o, per converso (ciò che oggidì è caso meno frequente), di attribuire allo Stato la creazione di quelli che sono organismi politici e che lo Stato tende a distruggere.

Premesse queste considerazioni, per istabilire la corrispondenza, a noi convien prescindere dal fondamento della agglomerazione, poichè questo è uniforme, cioè politico, secondo noi, così ne' gruppi superiori, come negli inferiori, e conviene invece tener di mira l'ordine e il grado della agglomerazione stessa.

Ora il criterio fondamentale, secondo cui possiamo distribuire i gruppi successivi, è il grado della presunta origine comune de' membri; criterio sufficiente ne' limiti del nostro obbietto.

Noi possiamo distinguere, in base a questo criterio, due tipi o due gradi fondamentali (sia che l'uno derivi dall'altro, sia, come io credo, che l'uno non abbia che fare con l'altro).

I. Il capostipite presunto è leggendario o immemorabile (*cuius memoria non extat*). Il legame presunto di comunanza di sangue ha carattere nazionale, cioè, direi, di parentela indefinita.

II. Il capostipite presunto è noto. Il legame presunto di comunanza di sangue ha carattere familiare, cioè di parentela definita.

Ora riscontrando, in base ai criterî espressi, le agglomerazioni sociali presso i varî popoli della famiglia ariana, noi possiamo, relativamente ai gruppi nazionali, stabilire le seguenti corrispondenze concrete.

Presso i Germani — prendendo le mosse dai popoli storici — l'organismo politico-nazionale primigenio sembra il *vicus* di Tacito, cioè, nelle denominazioni nazionali, il *kin* o *cyn* (*clan*), il *thorpe* (dorf), la *fara* de' Longobardi e più tardi la *mark*.

Nelle razze celtiche è il *clan*, agglomerazione che dura tuttavia nelle terre alte della Scozia (*Highland*).

Presso gli Irani è il *vic* (γένος nel linguaggio di Erodoto; per es., al γένος dei Pasargadi appartiene la famiglia o stirpe degli Achemenidi).

Più caratteristici sono il villaggio indiano (*grama*, *janmana*) e il villaggio slavo (*gmind*, *rodu*, ecc.).

Ivi, nelle comunità di villaggio indiane e slavo-balcaniche, si conservano ancora al dì d'oggi molti tratti viventi della più vetusta costituzione, e particolarmente la presunzione de' membri di discendere tutti da un unico capostipite e l'uso frequente di chiamarsi colle denominazioni

stesse che significano anche i membri della famiglia, i fratelli, cioè i discendenti veri o presunti dal più prossimo capostipite.

A queste varie figure dell'organismo nazionale primigenio, presso i popoli ariani, corrisponde presso i Romani la *gens*. Che la *gens* fosse un organismo sociale anteriore alla formazione della *civitas* romana (e di tal natura che noi non sapremmo definirla se non come organismo politico), nessun dubbio. Nemmeno il prammatismo de' cronisti e degli storici romani pensò di attribuire a un eroe della *civitas* la creazione della *gens*. L'organismo gentilizio scompare già nella prima età imperiale. Ma esiste ancora al tempo di Cicerone, e più si risale indietro nella storia repubblicana, più si scopre da un lato un'organizzazione compatta e un'attività potente della *gens*, e dall'altro lato la tendenza assidua della *civitas* di subordinare o abbattere le corporazioni gentilizie. La *gens* nella sua costituzione più vetusta ha norme giuridiche regolatrici delle relazioni sue (*mores*, *statuta*), esercita un vero potere legislativo (*leges*, *decreta gentilicia*), ha proprie assemblee (*conciones*), giurisdizione sui proprî membri (1). Tutti questi uffici della *gens* sono a mano a mano limitati e infine assunti o aboliti dalla *civitas*. La *gens* esercita la censura sui proprî membri (*nota gentilicia*); e l'ufficio della censura è assunto pure dalla *civitas* in un'epoca certa della storia di Roma, e divien fondamento e inizio della più potente magistratura civile. La

---

(1) Nè si ripeta, come si suole, che tutti questi poteri competono alla gente solo in materie private. Di fronte alla *civitas* tutti gli uffici e i rapporti de' gruppi minori sono privati; pubblici sono gli uffici e i rapporti della *civitas* solamente, del *populus*. Ma codeste funzioni e codeste relazioni de' gruppi minori sono tanto politiche, che la *civitas* a grado a grado le assumerà tutte, usurpandole così alla *gens* come alla *familia*.

Per una finissima ed elaborata indagine degli elementi politici della *gens* primitiva, veggasi lo scritto del prof. De Ruggero, *La gens in Roma avanti la formazione del Comune* (*Critica e scienza positiva*, 1872, 1° e 2° fascicolo).

gens, quando si aggrega alla *civitas*, ha sempre seco uno stuolo di stranieri o soggiogati, i *clientes:* i quali si trovano rispetto alla *gens* e al *pater* o signore della *gens* nella stessa relazione che la moltitudine de' vinti o degli stranieri rispetto alla *civitas* e al suo re. E anche rispetto ai diritti della *gens* o del suo capo sui *clientes*, la *civitas* esercita un'azione via via più restrittiva, finchè la clientela privata scompare e l'ufficio è assunto dalla *civitas* rispetto a individui o comunità straniere, divenendo insomma clientela pubblica.

Come ogni società politica dell'evo antico, la *gens* ha culto proprio (*sacra gentilicia*), divinità sue: il *Sol* nella *gens Aurelia*, *Minerva* nella *Nautia*, e così via. E parimente rispetto al culto si vede la *civitas* assumere via via come pubblico quel culto ch'era stato speciale delle *gentes*, facendone rimanere l'esercizio in esse sotto la sua sorveglianza: fenomeno che turba negli scrittori il concetto de' *sacra publica*, e per noi s'accorda mirabilmente col sistema seguìto dall'organismo politico supremo per esautorare gli organismi politici inferiori: cioè, o assumerne direttamente le funzioni o lasciarle come delegazione sua, figurando l'organismo politico come organo suo.

Infine le antiche *gentes* ci compaiono sempre ciascuna col suo duce o sovrano, o con un personaggio rappresentativo, che sembra aver questa posizione: *princeps*, *pater*, ossia sempre signore, sovrano (Cfr. Atta (pater) Clauso: *patres maiorum gentium*, *patres minorum gentium*): e con grandissima probabilità si può asseverare che i signori delle genti dovevano costituire nella *civitas* primitiva una vera assemblea rappresentativa, innanzi che il sovrano della *civitas* usurpasse il diritto di libera scelta de' suoi consiglieri; di che rimase traccia perenne nel nome di *patres*.

Ma codesto organismo esistente innanzi alla *civitas* e via via disfatto o assoggettato dalla *civitas*, è altresì nella origine il primigenio organismo politico-nazionale latino o italico. Le *gentes* romane si presumono legate da vincolo di parentela, ma appunto nella *gens* un legame siffatto

comincia ad aver carattere indefinito, immemorabile, leggendario: di questa presunta comunanza di sangue il nome comune è solamente l'indice. La denominazione *gens* e le denominazioni usate dagli scrittori per le più antiche genti, *genus*, *nomen*, *γένος*, *φῦλον*, indicano caratteristicamente nella lingua latina e nella greca agglomerazioni nazionali o politico-nazionali (*gens Suevorum*, *nomen Latinum*, *Caeninum*, *Aetolorum*, ecc.).

E passiamo ora all'esame degli organismi che noi conveniamo di chiamare gruppi familiari o politico-familiari, avendo riguardo al grado più ristretto dell'agglomerazione e alla coscienza più chiara del vincolo e delle relazioni di origine comune.

Qual è il gruppo familiare primitivo presso i popoli ariani? Come ne' gruppi nazionali, così ne' gruppi familiari noi possiamo avere più gradi. Il gruppo familiare può essere costituito di una sola generazione, genitori e figliuoli, come la famiglia moderna, che però è società diversa dai gruppi de' quali discorriamo: o anche di più generazioni, i discendenti da un unico capostipite vivente, come la romana.

Ma il consorzio familiare primitivo degli Arî è anche più esteso della famiglia classica di Roma. Esso è l'unione sociale delle famiglie e delle persone, il cui presunto legame di parentela si ricorda e si definisce, cioè della propaggine di un comun tronco estinto, ma noto.

Caratteri generali di questo gruppo sono presso gli Arî i seguenti:

I. Il comun tronco noto, donde si stabilisce l'appartenenza al gruppo, è, normalmente, tronco maschile. Ciò si esprime designando il vincolo co' termini romani agnazione o parentela agnatizia. Notisi però in primo luogo che parentela agnatizia, in senso lato, esprime anche il titolo formale di appartenenza al gruppo, cioè la concessione della consanguineità a estranei, che non è altra cosa se non la concessione della nazionalità ne' gruppi politico-

nazionali. Notisi ancora che agnazione e parentela agnatizia sono formule cortesi, ma non rivelano il fondamento di questo vincolo. Secondo il nostro sistema, noi non vediamo in questo fenomeno se non un elemento comune a qualunque organismo politico nella nostra civiltà: che il titolo naturale di appartenenza al gruppo è stabilito dalla discendenza virile.

II. Anche questo gruppo ha un capo o sovrano. Non è vero però che questo sovrano sia sempre l'ascendente maggiore (come s'intende dall'universale per le nozioni male intese di patriarcato o gruppo patriarcale), ovvero il più anziano. Come in tutte le società politiche la designazione del capo può essere naturale o elettiva. La designazione naturale risulta nel seguente modo. Vivo l'ascendente comune, questi è il sovrano, e in tal caso il gruppo coincide colla *familia* romana e colla rappresentazione più ordinaria della famiglia biblica (1). Altrimenti, la designazione naturale subisce un ondeggiamento altrettanto singolare quanto pregno di am-

---

(1) Come la *familia* romana può coincidere nella composizione con la famiglia moderna.

La rappresentazione espressa nel testo è la più comune rappresentazione del gruppo patriarcale. Ma non è tuttavia nè la più caratteristica, nè quella che ordinariamente si ricava dai fatti certi documentati dalla storia e dall'osservazione. La considerazione di questo caso negli scrittori deriva, chi ben riguardi, dall'eterna legge storica che gli uomini viventi in un dato momento storico si raffigurano sempre più facilmente ciò che meno si discosta dalle loro concezioni. E la legge sopradetta ha effetto nel nostro argomento per più ragioni: da un lato l'intuizione naturalistica dell'età posteriore, che ci ha tramandato le tradizioni dell'età primitiva, rappresenta di preferenza questo caso; dall'altro lato le nostre condizioni odierne e la sconoscenza della vera natura di questi gruppi ci traggono a raffigurare come tipica questa rappresentazione.

Un esempio evidente vale a mostrare la forza straordinaria di queste circostanze. Noi conosciamo perfettamente la composizione della *familia* romana, il *paterfamilias*, la *patria potestas*. Eppure noi figuriamo ordinariamente il gruppo familiare romano come una famiglia moderna di padre, madre e figliuoli, discorriamo della potestà del padre sui figliuoli, e ne' nostri Codici istessi abbiamo creduto di san-

maestramenti. Sovrano del gruppo può essere il primogenito o il primo nato della linea primogenita: ma può essere anche il fratello del defunto ossia lo zio del primogenito, specialmente ove questo sia fanciullo ancora. Talora il nepote primogenito succede alla morte dello zio. L'oscillazione di questi criterî spiega le lotte e le alternative singolarissime del potere sovrano presso i popoli barbari e oggidì presso gli orientali, quando la sovranità di un gruppo nazionale è designata naturalmente, cioè incentrata in un gruppo familiare.

Ma anche la designazione elettiva non è meno singolare e interessante. Essa può competere così al gruppo come al precedente sovrano con o senza l'assentimento del gruppo; ma normalmente non si allontana troppo dalla designazione naturale.

Gruppo di tal genere era presso i Germani la *Sippe* o *Maedg* (1), vagamente indicata da Cesare e da Tacito (*gens*, *cognatio*, *propinquitas*, *domus*).

---

zionare la patria potestà, attribuendola sempre, vivo anche l'avolo, al padre. Ora un gruppo così costituito non è l'esempio caratteristico della *familia* romana: regolarmente esso costituisce presso i Romani una società familiare nel senso moderno, base di relazioni morali (per esempio: *ut parentibus pareamus*) o anche di relazioni giuridiche, ma garentite dai *mores* della *familia*, poichè codesta società familiare è per molti rapporti una sfera, per così dire, soggetta alla *familia*, come la nostra è una sfera soggetta allo Stato.

Quando il padrefamiglia moderno ricorre al braccio e alla potestà dello Stato, per mancamenti gravi del figliuolo contro l'ordine della società familiare, il *parens* romano ricorreva al braccio e alla potestà del signore e giudice della *familia*. Può dirsi, per quanto abbia l'aspetto di un paradosso, che la *familia* romana, nonchè essere solamente un concetto diverso dalla famiglia moderna, non esiste oggidì. Ciò che noi chiamiamo famiglia è la società familiare, che presso i Romani non ha nome, perchè non ha esistenza di fronte alla *civitas*, mentre i figliuoli, anche se padri essi stessi, solamente alla morte del *paterfamilias* « singuli singulas familias habent ».

(1) Sibba, sibja, sippja, sib, syb (altnord.: kyn, usurpando la denominazione più generalmente usata a denotare il gruppo politico-nazionale), mâgâ, maegd, ecc.

La *Sippe* è l'unità sociale immediatamente subordinata al villaggio. I membri veri della *Sippe* (soci, amici e simili: Magen, Gesippen, Freunde, Gätlinge, Holde), partecipi dei diritti e doveri della *Sippe*, sono i parenti maschi della linea paterna o parenti di spada: sebbene presso i Germani par che si tenesse conto in parte o si cominciasse a tener conto (perchè questo argomento è assai oscuro) della parentela per parte di donna.

È mestieri infine ricordare che il vincolo di parentela è spesso fittizio come l'agnazione romana; cioè, come v'ha il titolo naturale, così v'ha il titolo formale dell'ammissione entro la *Sippe*, mentre è concessa d'altra parte la rinunzia alla propria *Sippe*. E v'ha pure unioni di tal genere, nelle quali il vincolo di sangue è compiutamente fittizio (*Künstliche Sippen*, ne' germanisti).

Qual'è la costituzione e la funzione di questo gruppo presso i Germani? Poco sappiamo della costituzione primigenia della *Sippe*. Sembra però (e ciò si può indurre anche dalle parole di Tacito relativamente ai Tencteri) che generalmente presso i Germani il principio della sovranità fosse la designazione naturale: l'impero spetta al primogenito, al primo nato della linea primogenita o al più anziano suo parente.

Quanto alla funzione sua, anche nel più tardo sviluppo dell'alto Medio Evo, ufficio della *Sippe* è la conservazione dell'ordine e della pace, cioè la realizzazione del diritto: pace e amicizia è anche la significazione della parola *Sippe*, onde, come nel russo *mir*, la voce stessa adombra la natura e lo scopo della consociazione.

Se un membro della *Sippe* è ucciso da un membro straniero alla *Sippe*, tutta la stirpe dell'ucciso dichiara una vera guerra (*fehde*, *faida*) alla stirpe dell'uccisore, eleggendosi un vero capo o condottiero: se si addiviene a una composizione, cioè a un trattato di pace, tutta la stirpe dell'uccisore soddisfa il prezzo dell'uomo (*wergeld* da *wer* = vir) e tutta la stirpe dell'ucciso ne riceve il prezzo. E non sola-

mente l'omicidio, ma tutte le offese dell'onore o le lesioni corporali a un membro della stirpe erano vendicate o composte nello stesso modo da tutta la stirpe. La *Sippe* aveva inoltre collettivamente la tutela delle donne vedove o nubili e degli impuberi. La *Sippe* era infine unità militare.

Se non che le legislazioni de' varî Stati germanici cercarono via via di sciogliere la *Sippe*, rompendo il vincolo de' suoi membri, e di limitarne o assumerne le funzioni. E dapprima, la *faida* è regolata nell'interesse della pace generale, e resa obbligatoria la composizione. Ne' delitti maggiori lo Stato dichiara il colpevole fuori della pace e del diritto (*friedlos* = sacer), ossia lo caccia dalla sua comunanza politica e religiosa, e per conseguenza impone alla *Sippe* del colpevole di non proteggerlo, ma cacciarlo anche essa. Talora lo Stato interviene più direttamente e punisce di morte l'omicida.

In altri riguardi, la tutela del pupillo è affidata al più prossimo parente. Solo nella donna si conserva più a lungo e rigorosamente la tutela collettiva della *Sippe*: la donna vedova o nubile non può maritarsi se non per consenso di tutta la *Sippe* (*communi parentum voluntate*, *communi parentum iudicio*).

In conseguenza di queste limitazioni de' diritti della *Sippe*, mentre divien più libera la posizione de' singoli membri, dall'altra parte si accentua la posizione del capo della famiglia. Ciò è notato espressamente dai germanisti.

Presso le razze celtiche (Irlanda antica, Alta Scozia) il gruppo familiare primigenio, che corrisponde esattamente alla *Sippe* o *Maedg* teutonica, è il *sept*. Nelle leggi irlandesi il *sept* è spesso chiamato *fine*, denominazione ondeggiante e vaga come la romana *familia*.

Ma pure in questo capo l'immagine vivente della più vetusta costituzione ci è fornita dagli Slavi e dagli Indiani.

Presso gli Slavo-russi tipo di questo gruppo familiare è la grande famiglia, specialmente innanzi all'atto d'emancipazione, presso gli Slavo-balcanici la comunità di famiglia

(*Bractwo. zadrugna kuca*). Così nella Russia, dove il regime va perdendosi, come nella Slavonia meridionale, ove dura con più vigore e tenacia, da 50 a 100 persone convivono in società, e sono tutti coloro che si reputano parenti entro la sesta generazione, cioè d'ordinario tre generazioni di viventi. La comunanza ha un capo (*khoziaïne* in Russia, *gospodar* nella Slavonia). Variabilissime sono le regole per la sua designazione: talora la designazione naturale, talora l'elezione; talora si avvicendano i due sistemi; talora il vecchio capo abdica o è costretto ad abdicare la direzione. Le donne maritate escono dalla *zadrugna*, entrando a far parte della *zadrugna* dello sposo. E come i membri che escono dalla *zadrugna* o dalla grande famiglia perdono tutti i diritti e tutti gli obblighi, così gli stranieri ammessivi sono pienamente alla pari ne' diritti e negli obblighi co' membri di sangue della *zadrugna*.

Generalmente oggidì tali diritti e tali obblighi sono relativi alla comunanza de' beni, ma nell'antica Russia, nella vecchia Slavonia il gruppo costituiva una vera unità politica; il capo del gruppo aveva una vera giurisdizione sui proprî soggetti e le relazioni con altri gruppi non erano diverse da quelle della *Sippe* teutonica o del *sept* celtico.

Simile a questa è la costituzione del gruppo familiare indiano, la comunità di famiglia, osservata e descritta dal Maine (*joint individed family*).

Ora esisteva nella società romana primitiva un gruppo rispondente alla *Sippe*, al *sept* o alla *fine*, alle comunità di famiglia degli Indiani e degli Slavi? Da tutti gli scrittori che trattano della costituzione della società primitiva o antica in generale, come il Maine o il Fustel de Coulanges, o della costituzione di Roma primitiva, come il Mommsen e il Bonghi, il tentativo di una corrispondenza coll'uno o coll'altro di questi gruppi o con parecchi fu fatto: i gruppi descritti si mettono a riscontro ora della *gens*, ora della *familia*. Ora nè la *gens*, nè il tipo classico della *familia*, a mio avviso, si possono comparare a questi organismi pri-

mitivi. La *gens* primitiva — non vi torneremo più sopra — corrisponde schiettamente al primigenio organismo politico-nazionale. La *familia* nel suo tipo classico è normalmente un gruppo più ristretto dell'organismo familiare primigenio (1).

Ma, chi ben osservi, nella società romana tra la *gens* e la *familia* si mostrano le tracce d'un organismo decadente, il gruppo degli agnati. La nozione di questo gruppo è una delle più oscure e controverse del diritto di Roma: ma il sistema de' nostri concetti ci risparmia di entrare nelle controversie e ci guida a interpretar rettamente le notizie che abbiamo rispetto al vincolo e al gruppo agnatizio.

Nel diritto classico di Roma il gruppo agnatizio è tuttavia una istituzione viva, ma non è più un organismo sociale; e anche come istituzione va scomparendo per effetto dell'abolizione o dell'annichilamento effettivo degli ultimi diritti degli agnati. E nondimeno, da notizie sparse, da induzioni tratte dalle viscere istesse della storia del diritto romano, è permesso ricostruire la sua figura più vetusta.

La composizione di questo gruppo corrisponde esattamente ai gruppi familiari che abbiamo descritto. Il titolo naturale dell'agnazione è la discendenza da un comune capostipite di sesso virile noto, *cuius memoria extat*.

Gli agnati di sesso maschile erano compresi in una speciale categoria, come i parenti di spada nella *Sippe*: e nel diritto storico sono essi soli investiti della funzione pressochè unica rimasta al gruppo agnatizio: la tutela. Persin nelle definizioni giuridiche — ciò che è stato criticato come una stranezza e un riguardo al caso particolare — l'agnazione è talora limitata ai *cognati* (a patre) *virilis sexus*.

(1) Solamente il Maine si mostra talora incerto se debbasi mettere a riscontro del *sept* o delle varie comunità di famiglia la *gens* e la *familia* classica o il gruppo agnatizio. Cfr. *Ancien droit*, pag. 221; *Cout. prim.*, pag. 321-323.

Siccome il gruppo agnatizio non costituisce più gruppo sociale nel diritto storico, così il titolo formale dell'agnazione direttamente non esiste. Indirettamente però stranieri di sangue divengono agnati, quando sieno stati ammessi nella *familia* per adozione od arrogazione: il che trasse il Hugo a creare quella singolarissima definizione del corpo agnatizio in base alla soggezione ipotetica a una *patria potestas* estinta.

Questo quanto alla composizione. Ma colla stessa esattezza si manifesta la corrispondenza nelle funzioni, e — ciò che è veramente caratteristico — il lento processo di dissoluzione nelle funzioni del gruppo agnatizio, mentre da un lato è indizio che nella più antica epoca esso poteva costituire un vero gruppo sociale, dall'altro lato si riscontra precisamente col processo di dissoluzione seguìto dalla *Sippe*.

Nel *ius civile* di Roma gli agnati costituiscono il secondo grado nella successione, ma succede il più prossimo, ossia la sfera de' più prossimi. Accade lo stesso nella *Sippe* dei Germani quando cessò l'antica unione e comunione della *Sippe*, o là dove della più vetusta costituzione non si ha traccia; e sembra che in talune tribù prossime al Reno già al tempo di Tacito una siffatta comunione fosse in sul declinare. Nel *ius civile* di Roma le donne agnate sono ammesse alla successione, ma, per quel che concerne le *res mancipi*, sotto la tutela degli *agnati virilis sexus*, e il loro diritto è limitato poi a un certo grado dalla *lex Voconia* o *Voconiana ratione*. Ne' diritti germanici dapprima le donne sono escluse dalla successione ne' beni aviti, più tardi, nelle legislazioni medioevali e statutarie, ammesse, ma sotto la tutela dei parenti maschi: e talora il loro diritto alla successione è più o meno limitato da leggi speciali.

Più caratteristica è la rispondenza nell'evoluzione della tutela. Come nelle legislazioni de' regni barbarici, così nel *ius civile* di Roma la tutela de' pupilli viene ad esser deferita al più prossimo agnato, ma la tutela agnatizia delle donne, oltre che serba fino all'abolizione un carattere molto

più rigoroso, è un diritto di tutto il corpo agnatizio: così la donna al tempo di Cicerone non poteva « venire in coëmptionem » se non coll'*auctoritas* di tutti gli agnati.

Le reliquie ultime de' diritti del gruppo agnatizio, sull'alba del diritto classico di Roma, ci compaiono o sopraffatte e indebolite dal sorgere di nuove istituzioni (così è della successione del prossimo agnato), o cancellate direttamente dalla legge, come avviene della tutela muliebre per effetto della *lex Claudia*.

Ma risalendo verso l'età più antica si scopre il corpo agnatizio rivestito di funzioni più ampie: precipuamente funzioni di giurisdizione e di vendetta. Ancora nel II secolo avanti Cristo la giurisdizione sulle donne libere dalla potestà patria o maritale era competenza degli agnati, anche per i delitti pubblici. L'anno 186 a. C., in occasione dello scandalo de' Baccanali e del celebre senato-consulto, gli uomini rei furono giustiziati o imprigionati, ma le donne vennero consegnate a coloro « quorum in manu essent », ovvero agli agnati « ut in privato animadverterent » (1).

Un'altra notizia preziosa ci riporta all'epoca regia. Servio ricorda una legge di Numa, la quale sanciva, in caso di omicidio colposo, l'obbligo di offrire un ariete agli agnati dell'ucciso (2). È questa una vera composizione, la quale, in base ai risultati del diritto comparato, necessariamente presuppone un diritto antecedente di vendetta e di guerra nel gruppo agnatizio; diritto infrenato per la prima volta dal rappresentante leggendario dell'ordine, della pace, della legislazione civile (Nouma, νόμος).

Per la stessa ragione convien ritenere che il gruppo avesse, nell'antichissima età delle origini di Roma, anche

(1) Liv., 39, 18.

(2) Serv., *in Verg. Ecl.*, 4, 43: « In Numae legibus cautum erat, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem » (Bruns-Mommsen, pag. 10, n. 13). L'inciso « *agnatis eius in contione* » fu restituito dal Huschke in luogo di « *et gnatis eius in cautione* ».

il diritto di vendetta e di guerra per omicidio doloso di un agnato; l'abolizione del quale istituto, come il Mommsen ritiene, è simboleggiata dalla leggenda dell'assassinio di Tito Tazio.

Ma di ciò è argomento anche un fatto diretto, che mostra l'invadere della *civitas* romana negli organismi inferiori sin dai primordi della sua esistenza. La *civitas* primitiva avoca a sè la punizione del *parricidium*, cioè, come deesi rettamente interpretare, l'uccisione di un signore o sovrano de' gruppi a lei subordinati (1); ma, nel lunghissimo regno del pacifico legislatore, la *civitas* assume la punizione di tutti gli omicidî dolosi considerandoli come parricidî.

Nè basta. Come nella *Sippe* germanica, così nel gruppo agnatizio il diritto di vendetta e di composizione sembra essersi conservato più lungamente nel gruppo agnatizio

(1) *Pater* non è il genitore, che dicesi *parens* nelle leggi antiche (cfr. Si *parentem* puer verberassit, ast olle, ecc.). *Pater* nell'etimologia e nell'uso più antico indica il signore e difensore (rad. *pa*: cfr. *pati*. δεσπότης, potestas). Così nelle formule rituali e poetiche d'invocazione alla divinità. I Romani, come gli Inglesi, invocano la divinità col titolo che designa tuttavia l'Assemblea aristocratica come la vecchia Assemblea de' signori delle comunità gentilizie.

Le spiegazioni più comuni del *parricidium* non reggono. L'uccisione del padre, che non è *pater*, ma *parens*, non era nemmen prevista dalle primitive leggi romane (Plut., *Rom.*, 22). Ed è pure assurdo supporre una tanta preoccupazione della *civitas* e l'istituzione di speciali inquisitori per un delitto mostruoso e così fuor del comune, quando l'omicidio non è nemmeno contemplato.

Non romana ed arbitraria è l'interpretazione del Voigt, ora molto diffusa: *paris caedes* o *excidium*; la quale ha perfettamente l'aria di un rimedio disperato.

Del resto la nostra spiegazione non è nemmen nuova. Anche il Brunner spiega il *parricidium* come l'uccisione di un padre delle genti patrizie; ed il Carle più generalmente: uccisione di un padre, cioè del capo di una famiglia o di una gente (cfr. Carle, *Origini del diritto romano*, Torino 1888, l. II, c. IV, § 6). Ed è la sola spiegazione che s'accordi veramente coll'etimologia e il significato vetusto di *pater*, e spieghi le apparenti contraddizioni delle fonti e de' fatti: lasciando da parte l'armonia col nostro sistema.

per le colpe minori: lesioni corporali e offese all'onore. Solamente, secondo il solito processo, la dissoluzione del gruppo agnatizio portò che un tal diritto si restringesse alla sfera de' prossimi agnati (1).

Una induzione perfettamente logica importa poi che il tribunale domestico per le colpe della donna o dei *filiifamilias*, che ha ne' tempi tardi una composizione così indeterminata, dovesse nell'età più vetusta essere senz'altro un tribunale agnatizio.

Infine, anche ne' tempi storici si conserva memoria di una consuetudine antica del consorzio de' prossimi agnati di vivere sotto un tetto comune in comunione di beni (2). È senza dubbio una mera consuetudine sociale; un consorzio siffatto di fronte al *ius civile*, almeno dall'epoca delle XII Tavole, cioè dall'introduzione dell'*actio familiae erciscundae*, costituisce semplicemente una forma di società volontaria, nonostante il vincolo e i rapporti comuni che univano gli agnati. Ma una tale unione, che si scopre nell'età antica di Roma, certamente doveva aver radice nelle tradizioni più vetuste della stirpe romana, e dovrebbe, com'è legittimo indurre, ritrovarsi via via più frequente, normale, rifacendo a ritroso, ove fosse possibile, il cammino della storia più vetusta di Roma. E — considerando che nell'età primitiva di Roma, oltre a questa convivenza in un solo consorzio con un sol patrimonio o *familia* indivisa, c'erano anche vere funzioni sociali che competono a tutto il corpo agnatizio e presuppongono l'esistenza d'una

(1) Prisc., *Gramm.*, 6. 13, 69: « Quidam veterum — ossum profe... ebant — Cato tamen os protulit in IV Orig.: Si quis membrum rupit ut os fregit, talione proximus cognatus (l. *agnatus*) ulciscitur ».

(2) Fest. « *Erctum citum* fit inter consortes, ut in libris legum romanorum legitur ». — Gell., I, 9, 12: « Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes simulatque a Pythagora in coortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae pecuniaeque habebat in medium dabat, *et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium quod iure atque verbo romano appellabatur « ercto non cito »*.

volontà e di un'attività sociale, considerando che l'*agnatio* ne' suoi limiti e nella sua composizione corrisponde pienamente al gruppo familiare primigenio presso tutti gli altri popoli arî, che le funzioni sociali del corpo agnatizio nella età più remota richiamano esattamente le funzioni sociali del gruppo familiare primigenio, che nella limitazione e nella dissoluzione de' suoi diritti e delle sue funzioni il corpo agnatizio si riscontra perfettamente col lento decadimento di quello, ove si può seguire, fin negli ultimi momenti e negli ultimi diritti che serba, considerando che il popolo romano ebbe uno sviluppo precoce, fortunato, vigoroso, ma non potè avere ne' suoi primordi elementi diversi da quelli de' suoi fratelli arî — si deriva logicamente una induzione che ha tutti i requisiti della miglior certezza storica: che il gruppo familiare (politico-familiare) primigenio nelle genti latine e nell'epoca primitiva di Roma doveva essere il gruppo agnatizio socialmente costituito.

Se non che, quanto è certo che il gruppo agnatizio doveva costituire un gruppo sociale come la *Sippe* o il *Maedg* teutonico, come il *sept* celtico, come l'antica famiglia russa e l'odierna *zadrugna* slava, come la famiglia indivisa degli Indiani, altrettanto è sicuro che un simile stato di cose doveva essere disfatto, come fu disfatto, dall'assorgere vigoroso della *civitas* romana. La lotta più viva coi gruppi agnatizi fu combattuta dalla *civitas* romana nella sua prima epoca; tutti gli elementi più caratteristici della originaria costituzione dell'organismo agnatizio si riferiscono all'età più remota e oscura della formazione di Roma, all'epoca leggendaria di Romolo e di Numa (1).

(1) [Per l'organizzazione gentilizia si può ora consultare Post, *Giurisprudenza etnologica*, trad. it. Longo-Bonfante, 1906-1908; per la Grecia in particolare, Glotz, *La solidarité de famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris 1904. Anche in questa parte debbo fare alcune osservazioni: 1° Anzitutto io non sono più ora convinto fautore dell'unità *etnica* aria, cioè della concezione dei varî rami de' popoli parlanti lingue arie come propaggini di un unico popolo, nè della civiltà aria nè della possibilità di risalire con certezza mediante la comparazione

8. E veniamo ora alla costituzione della proprietà.

S'è mostrato che nel primo periodo della storia o preistoria delle stirpi arie, la proprietà è recisamente sociale o individuale, cioè distinta eziandio nel *subbietto* investito del diritto.

Conviene però accertare, per quanto è possibile, quali fossero gli obbietti dell'una o dell'altra proprietà, e quali fra i gruppi descritti fossero investiti della proprietà sociale.

Obbietto primitivo e necessario di proprietà sociale doveva essere anche presso gli Arî la terra; e nel momento primitivo, durante l'economia pastorale o negli stadî iniziali dell'agricoltura, il gruppo investito del diritto doveva essere il più ampio gruppo dell'agglomerazione sociale primitiva, cioè il villaggio, la gente, il *clan*. Questo grado della proprietà sociale si scopre ancora nella comunità di villaggio indiana e nella comunità slava: è questo anche lo stato che ci rivelano le vecchie leggi irlandesi e gli sparsi avanzi delle istituzioni celtiche nelle terre alte della Scozia.

---

a un originario nucleo di istituzioni arie. La comparazione istituita peraltro può sempre avere un valore etnologico generale, come mostrano gli studi stessi del Post. — 2° Debbo inoltre pur sempre ripetere che lo schematismo della mia vecchia esposizione in ordine ai gruppi primitivi è esagerato; io non credo più ora all'esistenza di un gruppo agnatizio tra la *gens* e la famiglia. La casata più vasta, al disopra della famiglia, è sempre una *gens*, e gli stessi vaghi indizi di una organizzazione antica del gruppo agnatizio sono da riferire alla *gens*, la quale è un organismo che oscilla, secondo i casi, da una casata a un Comune: basta fare il confronto tra la *gens Fabia* o *Cornelia* e la *gens Veturia* o *Postumia*.

Con questi rilievi l'esposizione del testo può essere lasciata intatta.

Il Perozzi (*Studi per Brugi*, Palermo 1910, pag. 267) ha eseguito un'accurata confutazione di tutti gli elementi da cui già il Klentze in un vecchio scritto (*Zeitschr. f. gesch. Rw.*, vol. VI, 1828, pag. 1-200) volle desumere che la cognazione (e quindi anche l'agnazione) avesse un limite preciso al sesto grado. Com'è chiaro, avendo io abbandonato l'idea di un gruppo agnatizio distinto dalla *gens* stessa, rimango indifferente di fronte alla tesi. E quel che si dice della *gens* valga per gli altri gruppi arî troppo schematizzati e contrapposti nel testo. La *Sippe* e la *fara*, il *clan* e la *fine*, il *kin* e il *sept* non indicano rigidamente gradi diversi dell'agglomerazione sociale].

È questa pure la figura più generale della proprietà presso i Germani al tempo di Cesare e di Tacito, e in parte all'epoca delle invasioni. Sebbene l'argomento sia controverso presso i Germani, non crederei che convenga se non distinguere tempi e nazioni.

Il gruppo familiare non possiede ovunque, in questo momento, se non l'abitazione e un piccolo recinto che la circonda.

Se non che il progresso della coltura rompe la consociazione del lavoro e avvia a investire della proprietà sul suolo i gruppi familiari. Il suolo destinato alla coltura si comincia ad attribuire in possesso ai singoli gruppi familiari, dapprima per un anno, poi per più anni. Da ultimo il possesso dell'ultimo lotto distribuito ai gruppi diventa perpetuo, finchè a grado a grado l'insistenza attiva del gruppo familiare sul suolo trasforma il rapporto di fatto in un rapporto di diritto: evoluzione costante e generale anche all'infuori di questo caso.

Tutti i gradi enunciati sono rappresentati nelle principali razze ariane. Le comunità di villaggio e di famiglia della Slavonia e dell'India rappresentano tutti i diversi gradi di questo passaggio. Storicamente negli stessi atteggiamenti si può seguire presso i Germani.

A questo punto esaminiamo la costituzione e gli obbietti della proprietà familiare e individuale.

Presso i Germani, nell'epoca delle invasioni, la proprietà familiare è rappresentata dall'allodio. Che cosa comprendesse precisamente l'allodio, se i beni immobiliari solamente o anche altri beni, è controverso. Le fonti includono effettivamente nell'allodio anche varî oggetti mobili, specialmente gli schiavi (*mancipia*); ma il Waitz pensa che ne facessero parte solo gli schiavi addetti appunto alla coltura.

Checchè sia, certo è che l'allodio è distinto dagli obbietti di proprietà assolutamente individuale.

Subbietto della proprietà familiare dell'allodio è appunto, nell'età più antica, la *Sippe*. Le distribuzioni periodiche erano

fatte originariamente alle varie stirpi, e le stirpi divennero proprietarie degli ultimi lotti distribuiti. I documenti e le leggende germaniche dell'età più antica ci mostrano spesso la *Sippe* in possesso del suolo, o figurano l'una *Sippe* che controverte coll'altra sui confini del proprio campo.

Il disfarsi della *Sippe* ne' regni barbarici portò che la proprietà familiare si restringesse nella famiglia de' genitori e figliuoli. Vestigia dell'antico stato di cose rimasero in diritti particolari della parentela sul patrimonio allodiale, prelazione, retratto e principalmente successione a preferenza delle donne, o custodia gelosa del patrimonio familiare devoluto alla donna.

La proprietà individuale comprende invece le cose mobili di minor pregio. Ma, nondimeno, già prima che l'energia invadente dell'individuo ed una serie di cause accidentali cancellassero la figura della proprietà sociale della famiglia, era avvenuta una particolare invasione della proprietà individuale negli elementi di proprietà sociale, non senza una diretta influenza dello Stato. L'individuo viene a conquistare la proprietà degli immobili, quando questi sieno acquisiti da lui, e specialmente quando sieno beneficî concessi dal re: uno sviluppo che, spoglio dell'elemento feudale che lo investe, richiama la figura della *possessio* nella *civitas* romana.

Una interessante testimonianza di cotesta distinzione di beni sfuggì, si può ben dire, alla penna del sommo autore, il quale, nella sua celebre descrizione della Germania, abbozzando i costumi caratteristici della società germanica di fronte alla romana, è però ben lungi dal volerci presentare un quadro completo, sistematico delle istituzioni politiche e giuridiche della razza teutonica in generale e delle innumerevoli sue divisioni in particolare. Discorrendo de' Tencteri, nota l'A., come avvertimmo, una distinzione caratteristica nel patrimonio: da un lato la *familia*, i *penates*, i *iura successionum*, obbietti e rapporti ond'è investito l'anziano capo del gruppo, il primogenito; dall'altro lato una categoria

d'obbietti, tra cui si annoverano i cavalli, che presso i Tencteri rientrano nella prima categoria, e probabilmente altre cose mobili. Siffatti obbietti della seconda categoria costituivano, com'è a presumere, una libera proprietà dell'individuo, e su questi soli si doveva aprire una vera successione a favore de' figliuoli del defunto.

Tracce in tutto simili, ma molto più visibili, si riscontrano nelle reliquie del diritto celtico. Nelle vecchie leggi irlandesi studiate dal Maine si distingue nettamente la proprietà della *fine* e la proprietà de' membri della *fine*. La *fine* — che è in questo caso dal Maine agguagliata al *sept* — è proprietaria del suolo e insieme di taluni stromenti più importanti per avventura della terra, specialmente buoi.

E nuovamente l'India e la Slavonia confermano la storia coll'evidenza dei fatti presenti: presso gli Slavo-Russi, gli Slavo-Balcanici, presso gli Indiani, dove accanto alla comunità di villaggio è costituita la comunità di famiglia, dove la comunità di famiglia vinse la comunità di villaggio. Ora investito della proprietà familiare è sempre il gruppo familiare primigenio, la grande famiglia russa o la *zadrugna* slava, la *joint individed family* presso gli Indiani, usando la terminologia inglese. Sì negli Slavi come negli Indiani la proprietà individuale è nettamente separata dalla proprietà sociale del gruppo familiare, e, dove comincia qualche invasione del diritto individuale negli obbietti speciali della proprietà comune, le controversie riescon frequenti.

Quali sono gli obbietti di proprietà del gruppo famigliare? Essi variano secondo le condizioni e gli usi particolari dell'economia.

Nelle comunanze agricole, però, che sono la maggior parte, vi si comprende la terra (che in origine, salvo, ovunque, il recinto che circonda la casa, è concessa solamente in possesso), l'abitazione comune, animali o stromenti importanti della coltura, come buoi, ovvero anche tutto il bestiame.

Ma nelle comunità agricole per eccellenza, come in gran parte le comunità slavo-balcaniche dei Croati, Dalmati, Montenegrini e Serbi, *la proprietà comune della* zadrugna *corrisponde quasi con precisione alle cose* mancipi *del diritto romano: cioè si compone dell'abitazione, del suolo e degli animali domati e destinati alla coltura.* Una siffatta corrispondenza è notata espressamente anche dal Maine, ed ha tanto maggior valore la sua osservazione in quanto che l'A. non ne trae nessuna induzione: « Le comunità domestiche (degli Slavi meridionali) sono nella maggior parte agricole, ed è osservabile che presso queste il patrimonio colpito d'inalienabilità dal costume corrisponde molto strettamente alle *res mancipi* dell'antico diritto romano » (1).

Gli altri obbietti costituiscono la proprietà de' singoli. E nuovamente presso Slavi e Indiani, poichè di questo gruppo fanno parte vere società familiari, in questa proprietà individuale s'apre una vera successione a favore dei figli del defunto.

Ma osservabile presso Slavi e Indiani è l'influenza delle legislazioni civili. Specialmente la legislazione austriaca, favorendo l'indipendenza delle singole famiglie, ha disciolto in molti luoghi o è in via di rompere il gruppo e cancellare la proprietà comune o annientarne la figura, considerandola come un condominio.

9. Ora, nella vita preromana del Lazio e nella vita primitiva di Roma esistevano unità sociali perfettamente rispondenti alle primigenie unità nazionali e familiari dei fratelli Arî: la *gens* e il gruppo agnatizio, tipo antico della *familia*. Ha seguìto la proprietà la stessa evoluzione?

Ciò s'ignora di fatto, e qui soccorre la comparazione. Gli Arî, o certamente i membri Europei della famiglia Aria, erano sugli inizi dell'agricoltura al momento della separazione. Ma, tra gli Arî Europei, gli Elleno-Italici e forse i

(1) *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pag. 335.

Celto-Elleno-Italici ebbero, in una comunione secondaria, uno sviluppo molto più rapido e antico che non le tribù germaniche e slavo-lituane.

Risulta dalla comparazione linguistica che, allorchè, staccatisi dai loro fratelli, gli Italici penetrarono nella Penisola, il periodo della pastorizia, considerato come periodo storico e non come economia succedanea o particolare per condizioni particolari del suolo, era da lungo tempo varcato per loro; ond'è che sin nelle memorie più antiche l'agricoltura è il perno fondamentale di tutta la società italica.

In questo stato di cose la proprietà sociale non può a lungo rimanere tutta in un gruppo assai vasto, salvo condizioni peculiari, come la lotta intensa per la difesa, che rende necessaria una comunione intima e un vicendevole scambio di lavoro, il che si può, del resto, effettuare senza accomunare la proprietà. Potrebbe reputarsi pertanto che gli Italici, già prima dell'arrivo nella Penisola, avessero varcato il momento della proprietà collettiva propriamente detta, cioè la proprietà del gruppo politico-nazionale. Certo, però, ne' primi tempi, dovettero gli Italici ritrovarsi nella Penisola in condizioni simili a quelle de' coloni americani, e, come i coloni americani, se non vollero continuare o ripristinare la proprietà collettiva (e ciò fu fatto veramente più tardi da qualche colonia greca, come i Gnidi e i Rodî di Lipari), dovettero attuare ne' primi tempi sistemi di consociazione nella coltura per dissodare e fertilizzare il suolo; ma non deesi nemmeno passare sotto silenzio che il suolo d'Italia non era il suolo della Germania, della Britannia o della Scizia.

Molto probabilmente, adunque, sin nell'epoca preistorica dell'Italia il suolo aratorio era distribuito in possesso o in proprietà fra i gruppi familiari. Proprietà del gruppo nazionale rimangono i territorî da pascolo, come più tardi sono proprietà della *civitas*, cioè de' *cives*.

Ora, quali erano, nella società latina in particolare, gli obbietti di proprietà del gruppo agnatizio, oltre al suolo

aratorio? Possiamo supporre certamente che tali obbietti non fossero determinati costantemente e rigidamente di fronte ai beni separati de' singoli. Nondimeno talune cose assolutamente necessarie alla piccola comunità dovevano portar seco il suggello di un assoluto e perpetuo dominio del gruppo. E sono, in una società agricola, la sede comune e i preziosi stromenti animati, altrettanto indispensabili quanto straordinariamente difficili per gli uomini antichi a conquistare o domare. Tali sono presso le altre società ariane gli elementi della proprietà familiare nelle comunità agricole; tali, con irresistibile evidenza, presso le comunità agricole degli Slavo-Balcanici, salvo, naturalmente, gli schiavi. La categoria delle *res mancipi* si costituisce adunque e si presenta con ineluttabile necessità sin nella prima società latina: la terra destinata alla coltivazione, non quella destinata al pascolo, che è proprietà collettiva della *gens* o della *civitas;* il tetto comune o piuttosto il corpo comune di abitazioni; il prezioso strumento intelligente, lo schiavo: il più potente strumento materiale, il sacro bue: gli altri strumenti animati del lavoro agricolo, domati e asserviti dall'uomo o anche quasi creati dall'uomo come strumenti di fatica, il cavallo, l'asino, il mulo: anch'essi rivestiti di un carattere sacro e partecipi delle ferie della famiglia. E dovevano già in quella prisca età entrare naturalmente in questa sfera i servigi necessari che i terreni delle varie famiglie potevano rendersi tra di loro: passare, traversare con animali, provvedersi di acqua.

Sono questi i soli oggetti che nell'economia agricola del Lazio avevano carattere sociale. Taluni però non pare che abbiano esclusivamente questo carattere: è probabile, ad esempio, che un cavallo, non destinato al lavoro agricolo, potesse appartenere ai singoli individui del gruppo: e sembra per vero che anche nell'antica età romana cavalli, asini e muli non facessero così necessariamente parte della *familia* come i buoi. Chi consideri però le abitudini di economia e di vita degli Italici in generale, chi ricordi le testimo-

nianze degli agronomi latini, non può aver dubbio che il bue fosse esclusivamente destinato al lavoro agricolo; e così normalmente cavalli, asini e muli.

Il momento della distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* si fissa nell'età preromana; ma la distinzione conserva tuttavia la sua figura originaria nell'età primitiva di Roma, rappresentata dai regni di Romolo e di Numa. Di ciò è pure argomento il fatto che in questa età il gruppo agnatizio serbava tuttavia la sua vetusta costituzione sociale.

Tale è il risultato dell'induzione storica. Ma gli elementi o gli indizi raccolti nel lungo cammino ci dànno modo di completare questo risultato e porgerne la riprova. La distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* ritrova appunto la sua prima origine e la sua vita rigogliosa nelle costumanze e negli istituti dell'antico popolo latino, e nel concetto più vetusto le espressioni *res mancipi* e *nec mancipi* dovevano significare obbietti che fanno parte del patrimonio familiare e obbietti esclusi dal patrimonio familiare.

Inoltre, anche nel diritto romano storico la distinzione, se non è più figurata come un'antitesi di proprietà sociale e proprietà individuale, rappresenta certamente un'antitesi di obbietti sociali e obbietti individuali in molti elementi giuridici caratteristici; e appunto una siffatta antitesi presentasi più spiccata e recisa via via che si risale nell'età più vetusta, tanto che dall'evoluzione stessa seguìta a ritroso s'induce che nel momento primitivo la distinzione dovesse figurare un'antitesi di proprietà sociale e proprietà individuale.

Ancora: gli elementi specifici delle *res mancipi* che riguardano il diritto familiare hanno certamente l'aspetto di una più vetusta antichità e sono i primi a sparire. Ed inoltre ciò che ha, come notammo, una capitale importanza, la relazione più grave e antica delle *res mancipi* e la sua dissoluzione più precoce è appunto ne' riguardi degli agnati, cioè della più vasta famiglia (la *familia communi iure*, secondo Ulpiano), che circonda come organismo disgregato

la famiglia classica (la *familia proprio iure*) (1). Gli è solamente la tutela legittima degli agnati e de' gentili, la quale colloca la cosa *mancipi* alienata dalla donna quasi fuori di commercio e la figura come una *res furtiva*: e come era per la *coëmptio*, così le parole de' giureconsulti traggono a credere che anche per questo riguardo la tutela legittima venisse esercitata corporativamente.

Infine, come dimostrammo lungamente, l'antitesi di *familia* e *pecunia* corrispondeva esattamente a quella di *res mancipi* e *nec mancipi* nel senso appunto di un patrimonio legato alla famiglia ed elementi esclusi dal patrimonio familiare (2).

10. I risultati del diritto comparato, i dati delle origini romane e i risultati della precedente disamina circa la natura e la progressiva evoluzione nella costruzione logica delle *res mancipi* e *nec mancipi* convergono adunque a un punto: la proprietà romana originaria è proprietà fami-

(1) Ulp., L. 195, § 2, D. *de v. s.*, 50, 10.

(2) [Mantengo quanto ho scritto in questo numero, salva sempre la sostituzione della *gens* al gruppo agnatizio; e lo stesso valga pel numero successivo. Nella designazione del gruppo titolare delle *res mancipi* convengo pertanto col Maine e i seguaci più recenti dell'ultimo indirizzo (vedi sopra, pag. 68-69) e col Perozzi (*Ist.*, I, pag. 377).

Tuttavia il Perozzi inclina piuttosto a ritenere la proprietà gentilizia come una forma di vera proprietà collettiva. Lo stesso concetto è avanzato in una tesi francese del dottor Bouvard (*Des res mancipi*, Annecy 1892), discepolo dell'Appleton; scritto ispirato (con poca gratitudine) al mio studio, del quale il giovane dottore riusciva ad afferrare soltanto le parti più semplici.

Io mi sono più volte pronunciato in senso contrario all'ammissione di una *vera* proprietà collettiva anche nelle origini di Roma, nè credo che la *gens* fosse d'ordinario un gruppo così vasto da stabilire l'ordinamento caratteristico della proprietà collettiva. I miei studi sul primitivo diritto successorio di Roma mi rendono sempre più propenso a concepire piuttosto la *gens* come una vasta casata, sebbene qualche *gens* possa raggiungere l'estensione di un piccolo Comune. Pertanto se nel nome pare che io sia venuto d'accordo coi seguaci dell'ultimo indirizzo e col Perozzi, nella sostanza rimango sempre più d'accordo con me stesso; cioè colla mia vecchia opinione].

liare incentrata in un gruppo più vasto che non la famiglia classica. Le *res mancipi*, che nell'epoca storica, sotto l'impero del *ius civile*, costituivano una categoria di beni sociali, corrispondente alle nostre cose immobili, nell'epoca preistorica, sotto l'impero de' *mores* gentilizi, costituivano la proprietà comune del gruppo familiare arcaico. La denominazione complessiva è *mancipium* o *familia*. *Mancipium* ne indica probabilmente l'origine, cioè la conquista, non però la conquista individuale, bensì la conquista sociale, rappresentata plasticamente e in questo senso intesa anche di fondi (*ager manu captus; praedium; heredium ?*). *Familia* ne argomenta invece la relazione col gruppo e la stabilità come possesso di questo.

Tali oggetti o non si alienano mai o si alienano con l'*auctoritas*, cioè con l'approvazione e sotto la sanzione di tutto il gruppo. Il negozio di alienazione è il negozio più importante della comunità, e, dati i nostri concetti, la similitudine con un trattato internazionale è qualche cosa più che una mera similitudine.

L'usurpazione di una *res mancipi* doveva dar luogo in origine a una vera guerra tra gruppo e gruppo, a una *vindicatio* violenta; ma la guerra nell'organismo civile delle comunità latine e nelle *civitates* preromane (le *tribus* romulee) doveva già essersi trasformata in un legale arbitrio, la rivendicazione giudiziale della cosa.

Dall'altra parte gli obbietti esclusi dalla proprietà comune ricevono una designazione negativa, cioè solo in quanto non fanno parte del patrimonio familiare: *res nec mancipi*. Siccome la sostanza di questi obbietti ondeggianti intorno alla *familia* è costituita dal gregge, si adottò la denominazione di *pecunia* come antitetica a *familia*.

Le cose *nec mancipi* si possono dire proprie de' singoli soggetti, padri e figliuoli; la *pecunia* poteva costituire, di fatto almeno, il patrimonio di singole famiglie, come nei tempi storici il *peculium* è una pertinenza de' *filiifamilias*: a ogni modo l'appartenenza di questi obbietti passa mediante

la materiale trasmissione da mano a mano, nè il gruppo se ne interessa.

Or come da questa condizione primitiva si sviluppa la costituzione classica della proprietà romana?

La *civitas* romana spiegò sin dai primordî un'azione energica, che la condusse in breve ad abbattere o consumare gli organismi politici subordinati. Le minori *civitates* collegatesi per costituirla — le *tribus* romulee — si annegano bentosto nella nuova città romana: e forse l'episodio più grave di questa evoluzione è simboleggiato dalla morte di Tito Tazio e dall'impero unico di Romolo sulle città del Palatino e del Quirinale. Ma la stessa azione prese indi a esercitare la *civitas* rispetto alle *gentes*.

La *civitas* a grado a grado esauriva le *gentes*, ora assumendone le funzioni (giurisdizione, censura, protezione e approvvigionamento fondiario dei clienti o vassalli), ora abolendo probabilmente le prerogative dei *patres gentium* (diritto dei *patres gentium* al seggio senatorio, alle magistrature, ai sacerdozi, come nell'antico Giappone), ma sovra tutto rompendone la compagine con favorire la scissione delle grandi casate tra più *heredes* (*actio familiae erciscundae*, abolizione della solidarietà ereditaria e divisione *ipso iure* delle obbligazioni) e con togliere all'*heres* istituito — che in origine rappresentava un successore sovrano, designato, come di regola nei tempi storici, dal predecessore — ogni autorità sui membri maschi e puberi, e più tardi (con le XII Tavole) anche sui membri impuberi e sulle donne, se il *pater* avesse disposto altrimenti.

In tal modo la proprietà delle *res mancipi* e *nec mancipi* si incentrava nella famiglia e nel *paterfamilias* classico: la distinzione delle due forme di proprietà, ciascuna con un suo soggetto, diventava distinzione di due categorie di obbietti; ma il processo di questa evoluzione, in cui la famiglia classica si sostituiva al gruppo superiore, succedeva in certo modo ad esso, spiega il carattere sovrano che si perpetua nel *dominium ex iure Quiritium*.

La più vivace caratteristica e quella che sopravvisse più a lungo è l'esigenza di modi formali e più spiccatamente del *mancipium* per l'alienazione delle *res mancipi*. Il significato istesso dell'espressione vagamente si volle porre in relazione con questa differenza, la quale, resa quasi vana dal diritto pretorio, scompare definitivamente dalla vita nella seconda metà dell'impero, e colla sua scomparsa cessa la vita della nostra distinzione (1).

Capitolo XII.

Decadenza delle " res mancipi „ e " nec mancipi „.

1. La storia delle *res mancipi* e *nec mancipi* è storia più che millenaria: il che è tanto poco una singolarità, che la stessa durata, anzi una durata più lunga e una storia

---

(1) [Ometto interamente l'esposizione più minuta (pag. 316-338 dell'antico testo) dell'evoluzione primitiva delle *res mancipi* e *nec mancipi* in relazione alla disgregazione dell'ordinamento gentilizio; in quanto si tratta in parte di induzioni non essenziali per comprendere la linea generale dello svolgimento, in parte di concetti non inerenti strettamente al tema e da me svolti in altri studi. Le pagine del testo originario circa il carattere sovrano del testamento e della successione primitiva (l'*hereditas*, non il legato) hanno fornito oggetto di più studi inseriti nel primo volume de' miei *Scritti giuridici*. La lunghezza e persino *l'originalità* degli sviluppi, coi quali io disegnavo la società antica, mi furono con una certa asprezza rimproverate da studiosi già citati, il giovine recensente tedesco e il giovine discepolo di Ch. Appleton (H. Krüger, *Z. der S. Stift.*, vol. XII, 1891, pag. 162; Bouvard, *Des res mancipi*, Thèse, Annecy 1892).

Ma i concetti da me svolti circa le origini dell'*hereditas* romana, la quale pure sarebbe divenuta patrimoniale, salvo alcuni residui dell'antica funzione, con la disgregazione politica della *gens*, convergono precisamente allo stesso punto, cui giungo con questa lunga disamina sulle *res mancipi*, la quale ha per me costituito la chiave di volta del primitivo diritto romano. L'*heres* originario, cioè il *pater gentis*, succedeva nella *familia*, la quale, patrimonialmente almeno, abbracciava le *res mancipi*].

iù varia possono ripetersi di ogni classificazione spontanea i beni, compresa la nostra delle cose immobili e mobili.

Sin negli ultimi secoli dell'impero e ne' secoli anche iù tardi si conserva tuttavia ne' libri di diritto, nelle forιole de' contratti, nelle leggi la distinzione delle *res manipi* e *nec mancipi* e si conservano per lungo tempo le ditinzioni correlative del dominio bonitario e del dominio uiritario, de' fondi italici e de' fondi provinciali. Ma oramai uesti concetti erano vuote parole, mere distinzioni forιali, senza verun significato, senza verun contenuto giuriico, intese molto meno di quello che possiamo intenderle ggidì: n'è argomento evidente la iracondia delle due costiιzioni, con le quali Giustiniano ne cancella il nome e la ιemoria (1).

La classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, dunque, anche nel periodo della sua decadenza, ha una ita lungamente e vigorosamente tenace. Ora questa resitenza tenace ha certamente radice nella profonda imporιnza di simile antitesi; e il fatto stesso, e insieme l'affieolimento e la scomparsa graduale, successiva degli elementi iuridici documentati dalla storia, sarebbe argomento nuovo, e d'uopo ve ne fosse, che, ne' momenti anteriori della sua toria, la distinzione abbia avuto una efficacia e una signicazione infinitamente più grave.

Solo gli organismi, che ebbero una vita piena, rigogliosa, econda, conservano una lunga, prodigiosa vitalità, anche uando tutte le sorgenti del vivere appaiono compiutamente ssiccate.

---

(1) L. 1 Cod., 7, 25 (relativa al *ius Quiritium*: « Antiquae subtilitatis ιdibrium..... quod nihil ab aenigmate discrepat..... vanum et superfluum omen..... etc.) ».

L. 1 pr. e § 5 Cod., 7, 31: « Cum etiam res dividi mancipi et nec manipi *sane antiquum est et merito antiquari oportet*, sit et rebus et locis mnibus similis ordo, *inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis* » Questa impazienza si spiega peraltro in Oriente, ove la distinzione non ιa mai attecchito: per l'Occidente, vedi cap. VI, postilla I.

2. Nondimeno la decadenza delle *res mancipi* e *nec mancipi* presenta un fenomeno che turbò la ricerca ed è il seguente: che già nell'età classica la distinzione sembra aver perduto ogni potenzialità di adattamento e di sviluppo.

Questo fenomeno, che è nel nostro concetto una vera e propria anomalia, fu causa appunto che si riguardasse la distinzione stessa come una singolarità, un vestigio inopportuno del diritto primitivo. Questa opinione condusse per mio avviso, a una serie di ragionamenti e di induzion fallaci nel campo della scienza del diritto romano e, a cagione del valore universale del diritto romano, pur nel campo della scienza del diritto in generale; ragionament e induzioni che non solo ottenebrarono la coscienza dello svolgimento storico-giuridico e quindi, nel nostro argomento, la coscienza della natura delle *res mancipi* e *nec mancipi*, ma si ripercossero largamente per diverse vie nelle legislazioni e nella pratica.

Una fortissima tradizione, non mai contraddetta, anz concordemente sostenuta e applicata sotto varî aspetti da opposte scuole e diverse dottrine, considera come un progresso del diritto romano il perire delle *res mancipi* e *nec mancipi* e della *mancipatio* e la generale applicazione della *traditio* nel diritto giustinianeo.

Più volte, nei primi capitoli della presente trattazione ci occorse di rilevare le tracce di quella tradizione storica Si dice con mirabile concordia da tutti: « La *mancipatio*, la *in iure cessio* sono forme e riti solenni, corrispondono a sistema de' diritti primitivi; colla crescente civiltà, col progresso del diritto, cominciando gli uomini a considerare numerosi vantaggi delle forme più semplici sulle più complicate, quelle moleste formalità, che caratterizzano l'imperizia del diritto, dovevano cadere. La *traditio* succede alla *mancipatio*, e si colloca prima accanto a questa, generando la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, finchè giunge ad abbattere l'antica forma; essa rappresenta un progresso giuridico, il trionfo del *ius gentium*, questo fattore potent

benefico del diritto romano ». Idee vaghe, formole di tra-
zione e di rito, nelle quali forse tanti sono gli equivoci
uanti i pensieri, e a cui le ricerche proseguite fin qui ci
ermettono di rispondere recisamente. Non è vero che gli
ti formali nel vero senso sieno proprî del diritto primi-
vo; solamente il riguardo esclusivo alla esteriorità nella
terpretazione degli atti giuridici e l'uso di rappresentazioni
mboliche e plastiche negli atti formali sono caratteri proprî
el diritto primitivo. Non è vero che la tradizione succeda
la mancipazione, o in genere agli atti solenni di aliena-
one; essa è coeva alla mancipazione e certamente ante-
ore alla forma classica della mancipazione. ma è *propria
lienatio rerum nec mancipi.*

Infine non è consentaneo alla normale evoluzione che
mancipatio, che la *in iure cessio*, che in genere gli atti
rmali d'acquisto dovessero scomparire, cedendo il posto
la tradizione; quelle forme dovevano svolgersi in nuove
rme più rispondenti a una costituzione veramente civile.
ertamente, quale si presenta, con quei riti solenni e sim-
olici, alla presenza di molti testimoni e affidata alla loro
emoria, la mancipazione ha carattere piuttosto primitivo
la sua funzione sociale si compie in una foggia perfetta-
ente rispondente ai bisogni e agli scopi di una comunità
stretta e sufficiente per quelli, non per i bisogni e gli scopi
i una società vivente unita in un grande Stato. Ma perciò
allo stesso nocciolo avrebbe dovuto svolgersi una forma
iù elevata (fenomeno che rivelano le legislazioni civili tolte
esame da noi e rivela, nel diritto romano, la stessa man-
pazione testamentaria) o altrimenti la legislazione romana
oveva creare una forma nuova.

Una cosa sola è verissima: che la tradizione, applicata
lle *res mancipi*, rappresenti un trionfo del *ius gentium* nel
uo momento storico; ma non fu un trionfo benefico, non
un progresso del diritto. E, per vero, strano progresso
arebbe questo, che più volte, tramontata l'età più bella
el diritto romano, sembrano lamentare legisti e impera-

tori, ripetendo e rinnovando le prescrizioni che il dominio si acquista solo colla mancipazione e colla tradizione! Strano progresso, che si compie nella notte più cupa del diritto romano, nell'epoca della dissoluzione sociale e giuridica del mondo romano! Strano progresso, rinnegato dalla giurisprudenza e dalla legislazione medioevale, rinnegato da tutti gli Stati civili odierni, nonostante la forte tradizione romana, rinforzata dalla scuola del diritto naturale; tale infine, che, per aver preteso di riconoscerlo in parte, non produce, nelle legislazioni di tipo francese, se non costruzioni giuridiche infelici, incoerenze sistematiche e inconvenienti pratici!

Fa mestieri adunque di ritenere che in questo campo il diritto romano abbia avuto piuttosto uno sviluppo nè regolare, nè felice. Ma, considerando il fenomeno nella sua reale e storica esplicazione, l'anomalia dello sviluppo si manifesta luminosamente nelle conseguenze che porta nei bassi tempi, e, ciò che è più vivamente caratteristico, le conseguenze pratiche e legislative dell'anomalia sono la contraddizione e la condanna più aperta dell'opinione comune.

In pratica l'assenza di forme nell'atto di acquisto generò una confusione spaventevole della proprietà fondiaria: nella legislazione si effettuò un tale ricorso, che costituisce un vero regresso. Come già osservammo (1), dopo il tempo di Costantino, imperatori e prefetti del Pretorio cominciano a prescrivere obbligatoriamente forme legali solenni per l'alienazione degli immobili: traslazioni pubbliche o registrazioni ufficiali; ma di tali forme nuovamente create per la prova e il trapasso della proprietà, la maggior parte sono molto più primitive della mancipazione e di tipo veramente barbarico.

E a questo proposito giova porre dinanzi le due costituzioni più antiche, a nostra saputa, che ci presentino appunto

(1) V. sopra, pag. 240, n. 2, e pag. 251.

nell'Italia questo fenomeno e questo movimento. Sono due costituzioni di Costantino.

La prima costituzione fu emanata da Costantino l'anno 313 per l'Italia, ed estesa all'Oriente nell'ultimo anno del suo regno (337). Una parte della medesima costituisce la legge 2 del titolo *De contr. empt.*, nel Cod. Teodosiano (3, 1) [cfr. L. 2, § 1 *fin.*, C., 4, 47]; ma l'esemplare più completo che noi ne possediamo, diretto dal prefetto del Pretorio in Aquileia al correttore del Piceno in Alba, costituisce il Fr. Vat. 35.

Sul principio dell'anno 313 (1) l'imperatore si recava da Roma a Milano. E lungo il cammino vide l'imperatore coi proprî occhi lo spettacolo più desolante e udì le manifestazioni più rivoluzionarie di una terribile confusione della proprietà immobiliare: « Eran lamentazioni uniformi (egli dichiara), rinnovate sempre quasi negli stessi favellari (*isdem fere sermocinationibus*). Qua e là non solo individui singoli, ma popoli interi, sotto i nostri occhi, rompevano or ora in siffatte querele; non li tardava il riguardo di non riuscire importuni, non concedevano un momento di sosta e di quiete; riesciva impossibile tener testa alla folla de' ricorrenti, vagliare e distinguere le varie allegazioni. Eran vociferazioni confuse di moltitudini concordi a dichiarare che le cose loro non erano state legittimamente alienate; che altri le possedevano, mentre essi pagavano le imposte, ecc. » (2).

(1) [Il frammento quale è inserito nel Cod. Theod. figura emesso da Costantinopoli, diretto a un Gregorio, senza indicazione di magistratura, e *datato dal* 337; nel quale anno l'imperatore era in Oriente e moriva presso Nicomedia. Se questa è la data giusta della lunga costituzione inserita nel Fr. Vat. 35, come ritiene il Mommsen, forse le contraddizioni della legislazione costantiniana si potrebbero conciliare, distinguendo tempi e luoghi, e quanto diciamo nel testo deve essere in tal caso riferito all'Oriente, non all'Italia. Il cammino della costituzione sarebbe stato l'inverso di quello enunciato innanzi nel testo e l'invio al Prefetto d'Italia e al correttore del Piceno puramente formali].

(2) Fr. Vat. 35: « Nulla verecundiae vel quietis mora vel quolibet intervallo cunctandi passim nunc singuli, modo populi proruente nostros in obtutus, sic uniformes querellas isdem fere sermocinationibus volutarunt, ut nec interpellantium crebritati (*Buchholtz, Huschke:* credulitati

E infine le suppliche insistenti, assidue persuasero l'imperatore della necessità di un rimedio. Ma in luogo di riconfermare semplicemente l'obbligo della mancipazione, ecco le forme che prescrive un tanto imperatore per la prova e il trapasso della proprietà: « Sappiano tutti ciò che la nostra clemenza ha decretato: nessuno consenta alla vendita se al momento in cui si compie solennemente il contratto tra il venditore e il compratore, non venga dimostrata la proprietà vera e certa *alla presenza dei vicini;* anche nella vendita di una misura minima di terreno vogliamo adempiuta questa prova..... Non si consumi alla cieca, in fretta e furia, quasi per vie segrete, il contratto tra il compratore e il venditore, senza far luce mediante previa indagine sul buon diritto del proprio autore, senza un pensiero della perpetuità de' dominî, violando ogni precetto, omettendo ogni cautela e ogni forma: è di gran lunga la miglior cosa che il venditore idoneo venga approvato *alla luce del vero*, *da testimoni degni di fede*, *dalla voce pubblica*, *dalle grida del popolo*, perchè felice e securo duri il compratore in perpetuo. Per la regolarità e la tranquillità di tutti i successivi trapassi, affinchè il venditore non chiami suo ciò ch'è noto esser altrui, *deve il compratore chiedere su tutto la testimonianza de' vicini* e non trascurare l'investigazione di tutti..... Si osservino adunque in tutte le vendite tali forme, affinchè perisca e sia pienamente sepolta ogni vendita fallace e frodolenta » (1).

Vat.) valeret occurri, nec allegationum qualitas disparari, parens carissime atque amantissime nobis. Pari siquidem exemplo vociferationibus consertis (*Mommsen;* consutis *Huschke;* consules *Vat.*) multitudines deplorarunt (*sic Hollweg;* memorabunt *Vat.*), non iuste res suas esse divenditas, aliis possidentibus se fiscalia luere; frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt. His sumus valde permoti, etc. ».

(1) Fr. Vat. 35: « Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur; usque eo legis istius cautione currente,

L'altra costituzione fu emanata da Roma, forse l'anno 323, più probabilmente l'anno 316, e costituisce il Fr. Vat. 249 (1).

Ivi si ripetono prolissamente per le donazioni simili querele imperiali e si stabiliscono rimedî più complicati e forme diverse, tra cui notevole è quella che si prescrive per la tradizione:

« Si compilino gli atti in *tavole* o in qualunque altra materia che si abbia a disposizione, scritti o dalla parte stessa o da chiunque, *a saputa di molti*, distinguendo, come sopra, cose, nomi, persone...

« La tradizione si celebri presenti le cose, *convocando i vicini in numeroso convegno e sieno tutti testimoni alla cui fede si possa indi ricorrere...*

« Tutto ciò è bene consegnare al giudice (il Preside della provincia), in atti, affinchè non vi sia cui rimanga

---

ut etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna [questa interpretazione della misura agrimensoria del suolo (*scamnum*) nel senso di seggiola (*subsellia*) è ritenuta dal Mommsen una ridicola fantasia del Greco che elaborò questa barbara costituzione: V. Fr. Vat., in *Collectio* III, ad *h. l.*] vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. Hinc etenim iurgia multa nascuntur; hinc proprietatis iura temerantur; hinc dominiis vetustissimis molestia comparatur, cum caecitate praepropera et rei inquisitione neglecta, luce veritatis omissa nec perpetuitate cogitata dominii, iuris ratione postposita ad rei comparationem accedunt, omissis (et iussis o provisis *Mommsen*) omnibus dissimulatis atque neglectis id properant atque festinant, ut quoquo modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditorem sollemnia celebrentur: cum longe sit melius, sicuti diximus, ut luce veritatis fidei testimonio publica voce subclamationibus populi idoneus venditor adprobetur, quo sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat. Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum, idque comparator malo venditore deterior incautus et credulus, cum testificantibus vicinis omnia debeat quaerere, ab universorum disquisitione dissimulet... Ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitas ut fallax illa et fraudulenta venditio penitus sepulta depereat... ».

(1) Anche questa costituzione è inserita nel Cod. Teodosiano e nel Cod. Giustinianeo parzialmente e con qualche variante. Essa costituisce nel Cod. Teodosiano la legge 25, *De donat.* (8, 12), nel Giustinianeo la legge 25, *De donat.* (8, 54).

celato *un negozio del quale furono testimoni gli intelletti, gli occhi, gli orecchi di molti* » (1).

La ruina delle forme civili portò adunque nell'ultimo stadio un tal progresso, che si manifesta da un lato con una crisi violenta, dall'altro lato con uno de' più sfacciati ricorsi alla barbarie e all'ingenuità delle forme primitive per la prova del dominio e il trapasso de' beni immobili!

Le stesse forme (scrittura, *traditio*, *gesta* presso il Preside o i magistrati municipali) esige Teodosio il Grande per quella varietà bizantina della donazione, che è il contratto di suffragio, relativamente a beni immobili: pei beni mobili *traditio sola sufficit* (2).

Ma nello stesso diritto giustinianeo che cosa ha prodotto l'abolizione delle *res mancipi* e *nec mancipi* e della *mancipatio*? Sono veramente parificati tutti i beni? È veramente divenuta la tradizione modo generale d'acquisto? È questa una delle più strane illusioni storiche. Il diritto bizantino non ha fatto che accettare le forme solenni di traslazione degli immobili innanzi a pubblici magistrati introdotte dai prefetti del Pretorio: e queste forme sono ribadite in più

(1) Fr. Vat. 249: « Tabulae it [aque, aut] quodcunque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors subministraverit scientibus plurimis perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint... Ea igitur ipsa rerum traditio praesentium (*Vat.*[2] praesentibus *Vat.*[1]), advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat conventu plurimorum celebretur... Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat... » [Nella chiusa lacunosa di questa barbarica costituzione sembra abolito il vecchio regime della legge Cincia, che s'imperniava sui modi classici].

(2) L. Theod. Arc. et Hon. (a. 394): L. 2, Cod. Th., 2, 29 = L. 1, C. J., 4, 3 [Nelle altre leggi sulle donazioni ora si attesta che le formalità son necessarie pei beni immobili « italici o stipendiari »: Const. (a. 316), L. 2, Cod. Th., 8, 12 = L. 26, C. J., 8, 53 (54), ora questa restrizione agli immobili si deve desumere dal discorso e dalla natura stessa della solennità: Const. (a. 333), L. 15, Cod. Th., 8, 12 = L. 27, C. J., 8, 53 (54); Constantius (a. 341), L. 6, Cod. Th. *eod.*: Hon. et Arc. (a. 415), L. 8, Cod. Th. *eod.*].

Novelle giustinianee e postgiustinianee (1). Per le donazioni poi e il contratto di suffragio Giustiniano ha rinnovato le forme stabilite da Costantino e successori, inserendo le relative costituzioni, e se per questo riguardo è stata soppressa nel diritto giustinianeo la barbarica tradizione di Costantino, ciò si deve semplicemente al fatto che per le donazioni essa è parsa inutile di fronte alla cerimonia più civile dell'insinuazione: « Nelle donazioni che si debbono insinuare, non giudichiamo guari necessario *chiamare i vicini o altri testimoni, poichè la testimonianza privata è superflua, bastando i monumenti pubblici* » (2).

Ma la dimostrazione più aperta del terreno vacillante su cui poggia la dottrina comune ci giunge nella guisa più insperata dalla bocca del più illustre tra i suoi propugnatori moderni e del più vivace e brillante propalatore, Enrico Sumner Maine. È desso il rappresentante più assoluto di codesta teoria che considera come *un grande beneficio* per la società romana che la tradizione prendesse finalmente il luogo della mancipazione, il censore più acerbo della molestia delle vecchie forme civili e quegli a cui si inspirano i più recenti scrittori. Anche in una delle sue ultime raccolte complessive di scritti sul diritto primitivo egli ripete ne' termini ora espressi la vecchia idea (3).

Se non che, per il sistema proprio dell'autore, avviene sovente di ritrovare nelle sue stesse opere la critica dei suoi concetti. Il Maine osserva fenomeni e in base a quelli pone larghi principî e presenta splendide formule. Ma quando l'amore eccessivo del principio lo trae a generalizzare in base a fenomeni troppo particolari o in base a fenomeni che sono vere deviazioni dallo sviluppo normale, avviene a lui quello che avviene a tutti gli *evoluzionisti* appassionati: le formule diventan parole, i principî inesattezze e fallacie.

---

(1) V. le citazioni a pag. 240, n. 2.

(2) Zeno (478 d. C.), L. 31 pr., C., 8, 53 (54).

(3) Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pag. 477.

Ora appunto il Maine, nella sua larga osservazione, venendo a toccare de' varî sistemi di registrazione o iscrizione de' beni ne' paesi germanici e latini, con meraviglia rileva che « ovunque esiste un sistema perfetto per la registrazione delle terre, *ivi si manifesta pure una forte tendenza a ritornare alle dottrine del diritto romano, quali dovevano essere prima che sorgessero il possesso, l'usucapione, la proprietà bonitaria* (meglio avrebbe detto, prima di quest'ultimo istituto) ». E, dopo talune considerazioni sulla natura degli odierni sistemi, soggiunge nuovamente: « *Un processo molto analogo nel principio s'era presentato spontaneamente e molto per tempo allo spirito dell'umanità.* Nondimeno, ovunque fu stabilita la registrazione pubblica delle alienazioni fondiarie, alcuni de' rami più celebri e più lussureggianti del diritto, il possesso, l'usucapione, la proprietà bonitaria tendono a intristirsi e appassire sotto l'ombra sua...

« *È un fatto veramente curioso* che il progresso recente del meccanismo dell'ipoteca e dell'alienazione fondiaria *implichi un ritorno alla pubblicità primitiva de' trasferimenti...* L'iscrizione pubblica in un luogo accessibile a tutti, ove tutte le transazioni debbano essere registrate sotto pena di perdere immediatamente il beneficio, *richiama perfettamente l'assemblea primitiva del villaggio, innanzi alla quale doveva compiersi ogni trasferimento di parte del dominio*, affinchè la corporazione potesse acconsentire e la memoria di tutti potesse valere come prova ».

L'autore conchiude rilevando un fenomeno caratteristico relativo ai dominî della sua patria. « Nell'India moderna il progresso delle ricchezze ha grandemente stimolato lo spirito d'individualismo: compratori e venditori soffrono con eguale impazienza la necessità di ottenere il consenso pubblico de' compaesani nelle loro traslazioni fondiarie; laonde i modi di alienazione pubblica cedono dappertutto il terreno ai trasferimenti segreti. Però (annota l'A.) due atti importanti della legislazione anglo-indiana, gli atti di registrazione e di alienazione immobiliare (*Registration and*

Transfert of Property acts) mitigano gli inconvenienti generati dal segreto e dalle forme eterogenee di siffatti trasferimenti ».

Qual è il risultato finale di tutto il discorso fin qui, in cui persino la voce de' grandi fautori della dottrina comune s'è levata a nostro favore?

I. Che non si può parlare di una evoluzione naturale e progressiva delle forme primitive di alienazione (ristrette, come s'è stabilito, ai beni sociali) alla semplice tradizione o al mutuo consenso. L'evoluzione naturale porta che per il trasferimento de' beni sociali occorra sempre un negozio formale, sia nel contratto di vendita e d'acquisto, uniti o disgiunti, sia, almen almeno, nel contratto di vendita.

II. Che l'abbandono del sistema imperniato sulle *res mancipi* e *nec mancipi* non produsse effetti nè benefici, nè duraturi, e sotto lo stesso Costantino, che rappresenta il momento di crisi, generò il sorgere di un nuovo sistema imperniato sulla distinzione de' beni immobili e mobili.

[POSTILLA. — Le ultime scoperte, che ci hanno rivelato l'ordinamento dell'antico Egitto, aprendo un largo spiraglio e concentrando la nostra attenzione sul mondo elleno-orientale, ci permettono quasi con piena sicurezza di riportare la genesi del nuovo sistema alle influenze provinciali. È il frutto di questi istituti e di queste consuetudini provinciali, che in generale gli storici del diritto medioevale, con locuzione pericolosa, traendone poi, per l'equivoco dei termini, conseguenze più che dubbie, chiamano *diritto romano volgare*. Specialmente interessanti sono nell'Egitto greco-romano gli editti (*formae*) di Mettio Rufo e Flavio Sulpicio Simile, inseriti nella petizione di Dionisia (cfr. DE RUGGERO e BONFANTE, *La petizione di Dionisia*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, 1901, pag. 41-72). Gli studi sull'ordinamento catastale dell'antico Egitto sono dalla data di questa scoperta immensamente cresciuti (Cfr. per la bibliografia e uno sguardo d'insieme, MITTEIS-WILCKEN, *Grundzüge*, II, pag. 90-111, cui devesi aggiungere special-

mente Preisigke, *Das Wesen der βιβλ. ἐγκτήσεων* in *Klio*, vol. XII, 1912, pag. 402-460).

Questa condizione di cose ci permette altresì di scorgere perchè in generale il regolamento della pubblicità nelle trasmissioni sia rimasto un istituto amministrativo e locale, la quale circostanza ha tanto nociuto alla scienza.

In un certo senso (data la relazione dell'Italia sotto gli Ostrogoti con l'impero di Bisanzio) la stessa posizione che hanno le *formae* de' Prefetti del Pretorio o de' Prefetti di Egitto assume l'editto di Teodorico. Per quel che concerne il nostro tema, non abbiamo, peraltro, in questo editto se non alcune norme relative alla donazione de' beni immobili e mobili, che non si allontanano dal diritto generale dell'impero nell'epoca romano-ellenica. Per la donazione de' beni immobili si prescrive la scrittura, la confezione dei *gesta publica* alla presenza di tre curiali e del magistrato o chi per lui (*defensor*, *duumviri*, *quinquennales*), la tradizione alla presenza de' vicini; per la donazione de' beni mobili basta la *sola traditio largientis* (*Ed. Theodorici*, c. LI-LIII). Per le altre alienazioni non aventi causa nella donazione, un accenno di Cassiodoro nelle *Variae*, IV, 40 (*iuris solemnitate mercatus*), potrebbe alludere all'osservanza delle forme prescritte nella vendita dalla costituzione di Costantino, inserita nel Fr. Vat. 35; non direi alla *mancipatio*, malgrado l'identità di espressione in Boezio, *ad Top.*, 5, 28, perchè le parole stesse di Boezio rivelano che egli parla di un istituto vieto: meno ancora, peraltro, si può ritenere che quelle parole alludano alla insinuazione nei *gesta publica*, come intese il Gaudenzi (v. in seguito).

Tuttavia l'insinuazione ne' *gesta publica*, se non è prescritta, è sempre lecita e conveniente; e ne' documenti dell'epoca quasi regolarmente compare la formula rituale che il venditore consente a che il compratore faccia registrare l'atto in suo nome. La mancipazione anche in Italia è stata sopraffatta dalle solennità della scrittura, della tradizione formale, de' *gesta:* sul valore de' documenti di

mancipazione dell'epoca longobarda e carolingia noi ci siamo già pronunciati (v. cap. VI, *postilla*).

Questo capitolo, anzi il mio scritto in generale, è rimasto totalmente ignoto al GAUDENZI nel compilare il suo scritto, ricco di fervore di ricerca e di imprudenze esegetiche, *Le notizie dorsali delle antiche carte bolognesi*, in *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, 1903, vol. IX, pag. 419-444, e specialmente pag. 437 e segg. Altrimenti l'illustre e compianto storico dell' Università bolognese avrebbe ridotto la sua tesi nella misura del ragionevole e avrebbe evitato più errori.

Avrebbe evitato in primo luogo (pag. 437) — dopo aver rilevato: « nel IV secolo la tradizione era un atto non meno solenne e non meno formale della mancipazione, a cui era succeduta » — di soggiungere: « e pare impossibile che di questo i romanisti non si siano accorti ». Un romanista almeno se ne era accorto e aveva fissato il fenomeno in una forma un poco più esatta. Avrebbe evitato di citare la costituzione di Costantino nel testo misero e monco del Codice Teodosiano, e, conoscendo il testo intero de' Frammenti Vaticani, avrebbe evitato di sostenere che i *gesta* fossero necessari per tutte le trasmissioni, non soltanto per le donazioni, e forse di uscire fuori con l' impressionante asserzione che « il contratto di suffragio non abbia per natura sua alcunchè di comune con le donazioni ». Avrebbe evitato, infine, di sostenere l'altra tesi correlativa (*abyssus abyssum invocat*) che « con la promulgazione della legislazione di Giustiniano, almeno là dove questa entrò nella pratica, le cose mutarono: giacchè questa non conosce più nè la tradizione solenne, nè la sua allegazione alla curia; anzi l'importanza della tradizione, anche informe, è in essa diminuita per modo che oramai la proprietà si trasmette quasi *col nudo consenso* » (1), adducendo in prova di que-

(1) Questo concetto, per vero, cioè che nel diritto giustinianeo abbia vigore il principio della trasmissione del dominio per nudo consenso,

st'ultima asserzione (pag. 441) la relazione delle Istituzioni di Giustiniano (II, 7, 2) circa la riforma giustinianea in tema di donazione. — Nulla è mutato, e quanto alle donazioni Giustiniano non fa che riconoscere la validità, come *contratto obbligatorio* della donazione, anche non eseguita la tradizione, in opposizione al sistema classico, che non riconosceva il contratto obbligatorio di donazione e non reputava perfetta la *donatio* se non eseguita la *mancipatio* e la *traditio* per le *res mancipi*, la *traditio* per le *res nec mancipi*.

La tesi del GAUDENZI è stata giustamente e ampiamente confutata da FRANCESCO SCHUPFER (*La pubblicità de' trapassi della proprietà*, in *Rivista italiana per le scienze giur.*, vol. XXXIX, 1905, pag. 1-54). Nemmeno lo Schupfer ricorda il mio scritto: non convengo poi con l'illustre mio maestro nel riferire la costituzione di Costantino (FR. VAT. 35) a qualunque oggetto, a cagione degli *scamna* intesi per *subsellia;* mi sembra che l'interpretazione del Mommsen, cui già mi riallacciava, sia la miglior forma di intendere quell'inciso. La solennità è sempre relativa ai soli beni immobili.

La sola legge che sembri prescrivere anche la formalità de' *gesta* per qualunque alienazione di beni immobili è la Novella di Valentiniano III dell'anno 444-445, *De siliquarum*

è sostenuto ora con grande dottrina e genialità dal RICCOBONO, nello scritto più volte citato sulla *Traditio ficta* (in *Z. der S. S. für Rg.*, vol. XXXIII, 1912, pag. 259 e segg.; vol. XXXIV, 1913, pag. 159 e segg.), ma non a ragione. Che le brecce, cioè le derogazioni al principio, sien cresciute nel diritto giustinianeo, sta bene: che in alcuni casi la *traditio*, nel suo significato realistico di trasmissione del possesso, sia una finzione e quindi in forma larvata si abbiano pur nuove eccezioni, sta pur bene. La stessa estensione della *traditio* come modo di acquisto agli immobili, mentre nel diritto classico non era necessaria al passaggio del dominio sulle *res mancipi* (in senso contrario il RICCOBONO, ma non a ragione, v. *sopra*, pag. 157, n. 1), doveva accentuare la finzione. Ma il principio è tuttavia sempre mantenuto nel diritto giustinianeo e le eccezioni sono eccezioni, non espressione del nuovo principio, che è ancor lontano. L'adesione del BRUGI, *Trasferimento di proprietà mediante il doc. di alienazione nel diritto romano* (*Atti del R. Ist. Ven.*, vol. LXXV, 1916, pag. 1029) al concetto del Riccobono mi sembra, s'io non erro, di tal natura da negarne l'essenza.

exactione o *De iure nundinarum* (Nov. Theod., II, 27, nella edizione Haenel; Nov. Val., 15, nella edizione Mommsen e Meyer), citata dallo Schupfer, il quale tenta attenuarne il significato, e sfuggita al Gaudenzi e a me. Essa ordina la registrazione pubblica per l'alienazione degli immobili: « ut gestis municipalibus *immobilium rerum* contractus constet initus », la *traditio* per i mobili « *mobilium* vero emissis pictaciis transigatur ». Schupfer ricorda l'eco di questa legge, che ha scopo fiscale, ne' tempi posteriori; nondimeno la sua efficacia quanto all'obbligo della formalità de' *gesta* nelle trasmissioni immobiliari, anche a titolo oneroso, non sembra essere stata duratura.

Lo stesso Schupfer dimostra e documenta largamente l'uso de' *gesta*, anche non obbligatorî, presso i rettori delle provincie o i magistrati delle città assistiti dai curiali: e dobbiamo soggiungere, come risulta dal testo delle leggi e dai documenti, sempre in relazione agli immobili].

3. Ma perchè la comprensione della decadenza e della definitiva scomparsa delle *res mancipi* e *nec mancipi* riesca più chiara e l'investigazione completa, fa mestieri di ricercare le cause che hanno agito sul fenomeno nella società romana.

Perchè le *res mancipi* e *nec mancipi* e le forme relative, tra cui principalmente le solennità ne' modi di alienazione, non si sono trasformate e modellate secondo il nuovo ordinamento sociale?

Perchè la distinzione si è irrigidita nelle forme giuridiche antiche sino al completo esaurimento suo?

L'istituzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* era perfettamente adatta e armonica nelle contingenze particolari della vecchia società romana. Ma siffatte condizioni mutarono repentinamente e radicalmente negli anni che successero alla guerra annibalica. Una popolazione frugale e rozza venne d'un tratto signora di popolazioni svigorite, ma esuberanti di ricchezza intellettuale ed economica. Si paragonò

la condizione de' Romani in questo momento della loro istoria a quella de' selvaggi che sentono le prime influenze della civiltà; il paragone è forse esagerato, ma non manca di una propria efficacia drastica per la rappresentazione degli effetti che seguirono nell'economia sociale e nel costume de' Romani. « L'esercito asiatico, dice Livio, portò in Roma per la prima volta letti adorni di bronzo, vesti preziose delicatamente intessute, monopodî, armadî e ogni specie di masserizie di grande magnificenza.

« Allora s'introdussero i sontuosi banchetti, a cui s'aggiunse l'attrattiva de' cantori, de' giocolieri e delle suonatrici. Il cuoco, che per gli antichi era il più vile degli schiavi, si comprò allora a prezzo carissimo. E nondimeno quei segni erano appena i germi del lusso futuro ».

Una viva rappresentazione di codesta strabocchevole quantità di ricchezze e di oggetti preziosi, che dalla Grecia e dall'Oriente affluirono in breve spazio di tempo in una sola città, si ha dalla pompa e dallo splendore de' trionfi che cominciarono a essere tenuti dopo la sottomissione di Cartagine.

Dall'altra parte è anche noto che il numero degli schiavi dopo la seconda guerra punica crebbe in guisa veramente prodigiosa. Popolazioni intere e moltitudini immense di prigionieri furono condotte sul mercato, e talune cifre spaventevoli giunsero fino a noi.

Contemporaneamente il vecchio sistema delle tenute rustiche e dell'agricoltura italica in questo periodo storico fu, se non interamente scalzato, certo gravemente scosso. Il lavoro servile su vasta scala ruinò i poderi familiari, onde le tenute degli agricoltori italici si convertivano via via in latifondi e ville. La concorrenza spaventosa, e per giunta gratuita o quasi, del frumento provinciale, non impedita, anzi favorita dal Governo romano, schiantò la coltura de' cereali nella penisola, e al lavoro tradizionale dell'aratura sostituì affatto la coltivazione della vite, dell'ulivo, degli alberi da frutta, de' legumi e degli erbaggi, ma in proporzioni assai più grandi e sempre crescenti — sebbene

'argomento sia contrastato almeno quanto alla misura del
'enomeno — l'allevamento del bestiame.

Nè basta: il centro essenzialmente agricolo della vecchia
città romulea diviene veramente ora il confluente del traffico
nondiale.

Gli effetti di questa rivoluzione non potevano non riflet-
ersi circa la categoria de' beni sociali e intaccarla in parte
negli oggetti stessi. Gli animali *mancipi*, tenuti in tal pregio
e in tanta venerazione dall'antica popolazione italica e
atina, cominciarono a rientrare nel gregge ordinario, per-
dendo, per così dire, la loro funzione sociale; e degli schiavi
precisamente quelli destinati alla campagna, strumenti una
volta così preziosi del lavoro agricolo e originariamente
unica categoria di schiavi, costituiscono ora la merce più
vile, mentre cominciano a essere introdotti e stimati a
prezzi carissimi schiavi di puro lusso. E sorgono insieme
altri oggetti voluttuari, quasi sconosciuti all'antica Roma,
e tenuti adesso nel più alto pregio: masserizie di lusso,
ornamenti, perle e pietre preziose. Questi sono oramai gli
oggetti che si debbono registrare nel censo o che, almeno nel
censo di Catone, si valutano per un multiplo del loro valore.

Certamente il popolo, ne' suoi migliori elementi almeno,
rimane un popolo di agricoltori: il ricco aspira a impin-
guare il latifondo, il povero anela a un appannaggio fon-
diario, il movimento economico-sociale è tutto imperniato
sulle leggi agrarie. Ma la ricchezza, la vera ricchezza, sia
privata, sia nazionale, non è più costituita esclusivamente
dalle *res mancipi*. Dall'anno 167 a. C., con l'abbandono del
tributum, l'immunità de' fondi romani [in seguito italici,
v. pag. 110, n. 1] divenne *effettiva*; e questa immunità, che
dava sempre più risalto all'autonomia dell'individuo e dimi-
nuiva l'interesse dello Stato (sistemi fiscali e sistemi di
pubblicità sono sempre stati in intima connessione) con-
duceva altresì a diminuire il senso della necessità de' tra-
passi pubblici e solenni di proprietà, e a favorire il rico-
noscimento del cosiddetto dominio bonitario.

Ma la stessa formazione del diritto veniva in quel torno di tempo, che segna la decadenza dello Stato cittadino e dell'assemblea cittadina, a esser congegnata in guisa da dar valore ai momenti individuali e universali, deprimendo i momenti sociali e particolari.

Già ne' suoi bei tempi Roma aveva in certo modo costituito, per lo svolgimento del diritto privato, un organismo splendidamente adatto a incarnare *l'evoluzione giuridica del diritto privato*, la magistratura pretoria; e appunto, quasi alla vigilia di questa crisi, la magistratura pretoria si amplia colla costituzione del Pretore peregrino e l'attività giuridica del Pretore culmina a datare dall'ultimo secolo della repubblica. Un siffatto organo, schiettamente ossequente alla consuetudine, atto a scorgere i bisogni della vita pratica e pronto a garantirli, per la natura sua doveva esser tratto a favorire la dissoluzione delle condizioni formali e la libera esplicazione del volere individuale. Ma se ciò fu benefico per tanti riguardi e sommamente benefico nelle obbligazioni per la natura del rapporto obbligatorio, non poteva esser benefico allorchè l'abbandono delle forme non significasse l'abbandono del vieto formalismo o del riguardo soverchio alla esteriorità, ma la rinuncia alle necessarie garantie sociali; per citar un esempio volgare, non fu in tutto benefica l'azione del Pretore in ordine al favore delle manumissioni, generando stati e conseguenze, che la legge stessa dovette intervenire dappoi a regolare e limitare. In tutti questi casi l'atto o il rapporto spoglio delle necessarie formalità doveva esser mantenuto come nullo e non mai costituito come efficace, sia pure in una maniera incompleta. Certo nelle transazioni relative alle *res mancipi* mobili l'interesse sociale non esigeva più in modo assoluto la garentia della mancipazione: ma proteggere nella stessa guisa l'alienazione libera degli immobili era bensì logico, ma non era utile nè opportuno.

Ma un altro elemento dissolvente veniva dal di fuori, nato dalle attive relazioni esterne e dal commercio mon-

liale, e trovò la sua via nelle consuetudini, gli organi del suo riconoscimento nella Giurisprudenza e soprattutto nel Pretore stesso. Questo, come si sa, è il *ius gentium*, elemento efficacissimo nella evoluzione giuridica romana, ma tal elemento che doveva naturalmente condurre ad annichilire le forme caratteristiche ed esaltare i modi liberi e non formali.

Ora, nuovamente, se l'influenza esercitata dalle costruzioni tipiche del *ius gentium* e del *ius naturale* fu per molti rispetti profittevole, se ad essa deesi in gran parte il valore universale del diritto romano, certo essa accelerò, per un altro verso il movimento fatale del diritto. Il concetto di una obbligazione naturale, in cui si prescinda dalle restrizioni e condizioni formali e positive, poteva ben essere una conquista feconda; poteva esser ragionevole e giusto che il diritto non dichiarasse assolutamente nulli molti rapporti di simil genere, e quindi venisse a riconoscere imperfettamente l'esistenza di una vera obbligazione tra le parti; ma il concetto di una proprietà naturale, mentre nella proprietà più che le parti sono in gioco tutti gli interessi più vitali della società civile, dall'epoca romana infino ai nostri giorni, ha confuso la speculazione, turbato senza alcun pro le menti de' legislatori e de' giuristi e spesso scompaginato miseramente le basi della società e del diritto.

[Postilla. — Mantengo in sostanza — molto abbreviate — le considerazioni espresse nell'ultimo numero di questo capitolo e del mio studio. Esse restano nel vago (Collinet, *Études hist. sur le dr. de Justinien*, 1912, pag. 237, n. 1), ma non si può precisare maggiormente simili fenomeni.

Le scoperte posteriori e l'opera fondamentale del Mitteis, *Reichs- u. Volksrecht*, Leipzig 1891, sulle influenze provinciali nel periodo post-classico, permettono non già di uscire dal vago, ma di stabilire le cause della definitiva scomparsa delle *res mancipi* e *nec mancipi* in quella che io chiamo ormai epoca romano-ellenica, o, meglio, romano-orientale.

Come tutte le forme genuinamente romane, anche la categoria prettamente quiritaria delle *res mancipi* e *nec mancipi* non poteva attecchire fuori della penisola e doveva smarrirsi nella penisola stessa colla preponderante influenza de' motivi e delle leggi orientali e coll'estensione degli stessi sistemi amministrativi e fiscali all'Italia; su che, di nuovo, sono caratteristiche le costituzioni riferite di Costantino. Ma l'immediato sorgere de' sistemi di pubblicità imperniati sugli immobili e sui rapporti immobiliari nella stessa legislazione costantiniana e l'emergere della nuova categoria manifestano la forza dell'eterno e universale motivo, ch'era a base della così mal compresa e mal giudicata categoria delle *res mancipi* e *nec mancipi*].

II.

La derelizione di “ res mancipi „ nel diritto classico (*).

1. La derelizione è *iusta causa* dell'usucapione a favore di chi possiede la cosa derelitta, ma parrebbe, — come si predica in relazione a ogni altra *iusta causa*, — che l'usucapione si renda necessaria solo quando la cosa sia stata derelitta *a non domino*. Perchè, se la cosa è stata derelitta dal proprietario, essa è *res nullius* e si acquista immediatamente per occupazione.

Nondimeno una circostanza deve far veramente pensosi circa questa *iusta causa* dell'usucapione, ed è che non una sola volta, sia nel titolo *Pro derelicto* (D., 41, 7), sia in qualche testo relativo all'usucapione collocato sotto altro titolo, la derelizione si dice fatta *a non domino* o si fa intendere che è stata derelitta una *res aliena* (1).

Vi ha di più: si usano anche nel titolo *Pro derelicto* le solite espressioni *putare*, *existimare*, *scire* (2), ma non con riguardo alla proprietà o meno del derelinquente, bensì per significare soltanto la scienza e notizia della derelizione. Nel diritto giustinianeo la *res aliena* si deve senza dubbio sottintendere: ma dal punto di vista del significato genuino e del valore storico de' testi è altra cosa. E se, riconosciute queste singolarità, si vuol dare di esse una soddisfacente spiegazione, non resta che ricorrere a questa ipotesi:

(*) Estratto dalla *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XVII, 1894, pag. 128-140; è parte dello studio sulle singole *iustae causae* dell'usucapione, con alcune modificazioni.

(1) Nel Codice un titolo *Pro derelicto* manca.

(2) L. 4, L. 5 pr., L. 6, D. *h. t.*

che nel diritto classico l'occupazione di una *res derelicta*, sia pur dal proprietario, non ne desse immediatamente la proprietà, quando la cosa derelitta fosse *mancipi*. Per conseguenza la *derelictio* sarebbe stata principalmente *iusta causa* dell'usucapione, non quando la *res derelicta* fosse *aliena*, ma quando fosse *mancipi*.

L'opinione non è nuova. In generale già molti ritennero che l'occupazione nel diritto classico o nel diritto antichissimo non conferisse mai la proprietà *ex iure Quiritium* nè sulle *res mancipi*, nè sulle *res nec mancipi*, ma soltanto l'*in bonis*, che l'usucapione poteva convertire in dominio pieno (1). Ma questa idea non ha base nelle fonti, nè si può dire che nella sua generalità abbia pure una verosimiglianza razionale. Altri però, come il Mayer (2) e il Leist (3), sostennero la stessa idea, ma solo in ordine alle *res mancipi* derelitte; cioè precisamente ciò che io pure ammetto.

Contro tale opinione si pronunciarono lo Stintzing (4) e il Fitting (5), l'han combattuta energicamente il Czyhlarz (6) e un valente studioso nostro, il Ricci (7). E per vero alcuni testi paiono recisamente contrari all'ipotesi: poichè vi si parla di derelizione di schiavi e il valore di essa non è contestato. Il più antico appartiene a Giavoleno ed è la L. 36, D. *De stip. serv.*, 45, 3, dalla quale si ricava per lo meno questo che la stipulazione conchiusa dal servo derelitto « *nullius est momenti* », nè fa acquistare nulla al proprietario dereliquente, mentre può far acquistare ad altri che siasi impadronito dello schiavo. In un altro testo,

---

(1) Puchta, *Inst.*, § 236; Böcking, *Pand.*, § 135; Kuntzer, *Curs.*, § 507.

(2) *Z. für geschichtliche R. W.*, vol. VIII, pag. 49-56. Si fonda specialmente sulla L. 5, *Pro der.*

(3) *Bonorum possessio*, Göttingen 1844, I, pag. 269 e seguenti.

(4) *Bona fides*, pag. 68, n. 65.

(5) *Arch. für civ. Pr.*, vol. LII, pag. 26, n. 129.

(6) *Glück's Fortsetzung*, Lib. 41, § 1727 *h*, pag. 150-164.

(7) In un articolo sulla *Derelizione* inserito nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XIII (1892); v. pag. 333-340 e 368-377.

la L. 2, D. *Qui sine man.*, 40, 8, Modestino ricorda l'Editto di Claudio, per il quale al servo derelitto dal padrone *ob gravem infirmitatem* compete la libertà. Marciano poi nella L. 9, D. *De publ. iud.*, 48, 1, ci ammonisce che se il padrone non ha difeso lo schiavo accusato di delitto capitale, non s'intende per questo che l'abbia derelitto e quindi, assolto lo schiavo, esso non diventa libero, ma resta al padrone.

Il testo più grave è la L. 38, § 1, D. *De nox. act.*, 9, 4. Ivi Ulpiano riferisce l'opinione di Giuliano, il quale riteneva che se il padrone avesse derelitto lo schiavo colpevole di furto, era libero da ogni responsabilità « quia *statim* meus esse desinit, ne eius nomine qui *sine domino* sit, furti sit actio ».

Purnondimeno i testi arrecati non abbattono, come sembra, l'opinione ch'io seguo circa la *derelictio* di *res mancipi*. In sostanza essi si possono ridurre a due, quello di Giavoleno e quello di Ulpiano; poichè è chiaro che la disposizione singolare dell'Editto di Claudio riportata da Modestino non può recar luce sui principî, e il testo di Marciano probabilmente non fa che mettere in guardia contro una estensione analogica. Ma se consideriamo che l'acquisto di un oggetto si analizza in due momenti, i quali nel sistema preciso del diritto romano sono designati con termini distinti, cioè un rapporto giustificativo e un'affermazione, formale o non formale, del diritto che si acquista, anche il valore de' testi di Giavoleno e di Ulpiano è ridotto, direi quasi, della metà ed essi diventano innocui. Ulpiano senza dubbio, sulle orme di Giuliano, afferma recisamente che il servo derelitto dal padrone « *statim* eius esse desinit », ch'esso è un *servus sine domino*. Ma ciò non fa che accentuare il valore della derelizione come tale, il suo riconoscimento come *iusta causa* di acquisto; che l'acquisto del dominio da parte d'altri avvenga pure *statim*, mediante l'apprensione *animo possidendi* dello schiavo derelitto, non è perfettamente la stessa cosa; anzi a questo lume

si comprende l'opinione contraria de' Proculiani, i quali negavano cotesta cessazione immediata del dominio colla derelizione.

Quanto al testo di Giavoleno esso è quanto di meno reciso e di più curioso si può immaginare. È pregio dell'opera riferirlo qui per intero:

JAVOL., l. XIV, *Epistularum*: « Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti, *quia qui pro derelicto rem habet omnimodo a se reiecit nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluit.* Quodsi ab alio adprehensus est, stipulatione ei adquirere poterit: *nam et haec genere quodam donatio est.* Inter hereditarium enim servum, et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis iure retinetur, nec potest relictus videri, qui universo hereditatis iure continetur, alter *voluntate domini derelictus non potest videri ad usum eius pertinere, a quo derelictus est* ».

Come mai per far intendere che lo schiavo cessa immediatamente d'appartenere al proprietario derelinquente, un Sabiniano usa delle circonlocuzioni così lunghe e diverse, che pare voglian dire e non dire? E come mai non si dice apertamente che il terzo acquista per mezzo del servo, perchè n'è diventato proprietario? E come mai si paragona la derelizione e l'apprensione del terzo a una *donatio*? Se è qualcosa di simile, il terzo non è diventato proprietario *ex iure Quiritium* del servo, poichè le forme debite della *mancipatio* o della *in iure cessio* non sono state messe in opera punto per l'acquisto. E come mai si mette a riscontro il servo derelitto, una specie così netta, se fosse vera l'opinione comune, colla figura tanto singolare del servo ereditario e per caratterizzare il primo non si sa dire altro se non che il servo derelitto non può intendersi che appartenga più all'uso di chi lo ha abbandonato? Di nuovo, mi pare evidente, il *servus derelictus* è un *servus sine domino*, è una *res nullius* in senso analogo alle *res hereditariae*, ma non una *res nullius* che si acquista imme-

diatamente con l'occupazione (1). Dato adunque il tenore de' testi addotti, essi non infirmano l'idea ch'io seguo circa la derelizione di *res mancipi*, e quello di Giavoleno piuttosto la corrobora.

Nè val meglio l'argomento che il Ricci vuol trarre dal *Fr. Dosith.* 10. Cotesto frammento c'insegna che nel diritto classico, essendo manomesso lo schiavo comune da un solo de' condomini, la parte di questo accresceva all'altro: ma non v'era diritto di accrescimento. qualora non si fossero adoperate le debite forme; per es. nelle manumissioni *inter amicos*. Il solo Proculo ammetteva il *ius adcrescendi* anche in questa ipotesi (« licet Proculus existimaverit adcrescere eum socio »). Ora osserva il Ricci: « Tale manumissione, secondo Proculo, *e giustamente*, spoglia delle solennità dalla legge richieste per essere pienamente efficace, non era altro che un atto di derelizione,

(1) L'esitazione e il tortuoso ragionare di Giavoleno non sono sfuggiti al Ricci, ma egli non viene in conclusione a spiegare la cosa altrimenti se non dichiarando che i frammenti del Digesto « sono scritti di giuristi, *d'avvocati*, e non deve far meraviglia, *se nella maggior parte le parole abbondino* (l. c., pag. 337) ». È questa un'osservazione inesatta sfuggita all'egregio studioso, tra le strette in cui si trovava. Giustiniano e noi suoi discepoli si potrà ben peccare di loquacità, ma i giureconsulti romani non fanno tanti discorsi e più o meno tendono un poco tutti al tipo papinianeo. L'abbondanza di parole è indizio in loro di un vero imbarazzo.

Si vegga in un caso di viva analogia col presente l'imbarazzo positivo e le molte parole di Ulpiano nella L. 11. *De divort.*, 24. 2. a proposito della liberta, che in forza della *Lex Iulia* non può divorziare dal proprio patrono, ma che nondimeno ha divorziato, e non si sa bene pertanto se si debba dire *nupta* o *innupta* [Il testo di Giavoleno è forse in parte alterato dai compilatori (v. *Scritti giuridici*, I, pag. 251-262); ma per quel che concerne l'essenza della *derelictio*, l'impostazione del frammento non può derivare che dal giureconsulto. Se si considera anzi qualche frase scorretta (nec potest eius *operibus* uti quem *eo iure*, etc.) e la dubbia e prolissa chiusa (nec potest *relictus* videri qui *universo* hereditatis iure — derelictus est), può nascere il sospetto che i compilatori abbiano interpolato per sostituire discorsi un po' vacui a spiegazioni troppo incongrue col nuovo diritto per poter esser riprodotte].

e il giurista le attribuiva gli effetti di questa: il *servus* diveniva *servus sine domino*, ed essendo in questo caso soggetto a condominio, cadeva nella piena proprietà dell'altro condomino » (1). Ma il *ius adcrescendi*, come l'alluvione e simili, è acquisto che avviene *ex lege*, cioè non esige un atto correlativo da parte di chi acquista, non esige forme: si vuole soltanto che la rinuncia dell'altra parte al proprio diritto sia perfetta. Che se Proculo ammette il *ius adcrescendi* nel caso di manumissioni non formali, egli riconosce implicitamente il pieno valore di siffatte rinuncie, la quale opinione, piuttosto ardita, venne rigettata universalmente dai giureconsulti (« ius adcrescendi in hac manumissione non versatur ») ed è condannata nella conclusione del frammento (« qua sententia non utimur »); ma il punto a noi non rileva.

2. Se in tal maniera s'invertono gli argomenti recati contro la nostra opinione, v'ha poi una serie di punti oscuri e di frammenti, che solo ammettendo la necessità dell'usucapione per l'acquisto di *res mancipi* derelitte divengono chiari e piani. Una grave testimonianza a nostro favore fornisce l'esame attento della concezione e della collocazione dei §§ 47-48, Inst. *De rer. div.*, II, 1, e il loro confronto col Fr. 9, §§ 7-8, D. *De a. r. d.*, 41, 1, estratto dalle *Res cottidianae* di Gaio, che vennero usufruite per la composizione del titolo delle Istituzioni giustinianee. Nel § 46 delle Istituzioni si è parlato della cosiddetta *traditio in incertam personam* e nel successivo § 47 il discorso prosegue con quelle che per noi formerebbero la categoria totalmente disparata ed eterogenea delle *res derelictae:* « Qua ratione verius esse videtur et si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem etc. ». *Verius*, come fu notato, indica probabilmente, l'esistenza di una controversia: ma

(1) Ricci, loc. cit., pag. 337.

forse più che a una controversia tra le due scuole, che versava sopra un altro punto (il momento in cui si perde la proprietà), è da pensare in proposito a una differenza tra le due classi di oggetti abolita per la prima volta da Giustiniano o piuttosto a una controversia, se si vuole, tra le due sette, ma limitata alle *res nec mancipi*, alle quali soltanto si riferiva nel diritto classico la *traditio*.

Ma l'argomento più poderoso per la nostra opinione è appunto il fatto che della derelizione si tratta in seguito alla *traditio* e in correlazione con questa sia nelle *Res cottidianae* di Gaio, come nelle Istituzioni di Giustiniano. Nella teoria dell'occupazione, dove pure sarebbe tornato così acconcio e naturale il dire semplicemente delle *res derelictae* e del loro acquisto immediato, non n'abbiamo il menomo cenno, nè nelle Istituzioni genuine di Gaio, nè nelle *Res cottidianae*, nè nelle Istituzioni di Giustiniano. Si vede adunque che la derelizione del domino e l'apprensione del terzo si presentavano all'occhio de' Romani non tanto come una figura di occupazione quanto come una figura perfettamente analoga alla tradizione e da richiamarsi alla *traditio in incertam personam*. E ciò è confermato mirabilmente dal testo di Giavoleno, che dichiara tutto questo rapporto una donazione (*nam et haec genere quodam donatio est*) (1). Infine anche Pomponio nella L. 5, *Pro der.* tratta successivamente, anzi promiscuamente, della derelizione e della *traditio in incertam personam;* nè si vuol pensare quindi, come è stato supposto, che ciò avvenga perchè egli avesse opinioni diverse circa la *traditio in incertam personam* e la riguardasse come una *derelictio*. Come ogni altro giureconsulto, egli pure tra la *derelictio*-

---

(1) Non è senza importanza a questo riguardo la stessa collocazione del titolo *Pro derelicto* nelle Pandette in seguito al titolo *Pro donato*. La cosa è notata dallo stesso Cuiacio come indizio di una intrinseca analogia e con richiamo al frammento di Giavoleno. CUIAC., in *Lib. LIV, Pauli ad Ed., L. 2, Pro der.*, Opp. Neapoli, 1722, t. V, pag. 748 [Mutinae, 1777, t. V, pag. 733].

adprehensio e la *traditio* non iscorge punto una differenza essenziale (1).

Ora poichè la *traditio ex iusta causa* non aveva effetto di modo d'acquisto e trapasso immediato del dominio se non limitatamente alle *res nec mancipi*, alla *derelictio-adprehensio* non poteva esser riconosciuta una efficacia tanto più larga e più grave. Altrimenti quella correlazione così intima, che par voglia fare delle due cose tutt'una o al massimo riguardare la *derelictio-adprehensio* come un caso specialissimo di tradizione, più che un'incrongruenza logica, sarebbe stato un errore pratico del più alto rilievo.

Ed aveva pur ragione adunque il Puchta nell'asserire che se i Romani avessero ammesso l'acquisto immediato della *res derelicta* sarebbero pervenuti a distruggere il valore delle forme, potendosi benissimo far derelizione della cosa, perchè Tizio la occupi; non è questa un'armonia formale, ma una necessità logica e sociale, e a ogni modo è nel diritto romano una conseguenza diretta del modo di concepire la derelizione.

Ancora: il § 48 delle Istituzioni prosegue colla solita osservazione che non si debbano trattare come *res derelictae* le cose gettate dalla nave per alleggerire il carico: « Alia causa est earum rerum etc. ». Ma nelle *Res cottidianae* di Gaio manca il paragrafo che dovrebbe corrispondere al precedente § 47 delle Istituzioni giustinianee, sicchè il para-

(1) Ciò vuol dire che la famosa divergenza tra le due scuole circa il momento in cui la cosa cessa di appartenere al derelinquente (L. 2, § 1, D., 41, 7) non significa, come interpreta il Czyhlarz, che soltanto i Sabiniani facessero della *derelictio* un istituto indipendente, mentre i Proculiani la riguardavano quale una specie di tradizione. Giavoleno, Gaio e fors'anche Pomponio sono ben Sabiniani e nondimeno essi non trattano della *derelictio* se non in connessione colla *traditio* e col *iactus missilium*. Quella divergenza ha un significato ben diverso, che soltanto col nostro concetto si capisce.

Del resto in generale i concetti dell'*alienazione* e della *rinuncia* non sono presso i Romani così distinti, nè la rinuncia si sottrae alle regole e forme dell'alienazione (Cfr. su ciò Perozzi, *Fructus servitutis, etc.* nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VI (1893), pag. 25-26).

grafo *alia causa* viene ad attaccarsi senz'altro alla *traditio in incertam personam*, rendendo ancor più stretta la connessione tra la *derelictio* e la *traditio*. E se si vuol supporre che il paragrafo precedente sia stato soppresso nel frammento del Digesto, certo esso è stato soppresso, perchè contenente qualcosa d'incongruo per diritto giustinianeo (1).

3. Una legge poi assolutamente inesplicabile fuorchè con questa ipotesi è la L. 5, D. *Pro der.* (*Ad Sabinum*, l. XXXII) di Pomponio, che riferiamo per intero:

« pr. Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est.

« § 1. Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit, sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit (*l.* emiserit), quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae cum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur voluisse alicuius fieri ».

In tutto questo testo v'hanno diverse cose mirabili (2). Come mai la cosa derelitta (*id quod pro derelicto habitum est* o *quod quis pro derelicto habuerit*) al § 1 diventa subito tua o mia, mentre al principio del frammento non è affatto ne' miei

(1) Secondo il Ferrini il § 47 va attribuito a Gaio, *Res cottidianae*, e per il nesso e per il *qua ratione* gaiano. Il *verius videtur* però (osserva) è dei compilatori: qui Gaio nell'opera genuina esponeva sicuramente la nota controversia scolastica (Ferrini, *Sulle fonti delle istituzioni*, nelle *Memorie del Regio Ist. Lombardo*, pag. 152) [Cfr. ora *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, 1901, pag. 149, ove non ripete l'osservazione, non so se in base alle mie critiche]. Ma per essere stato soppresso nel Digesto e alterato nelle Istituzioni, il frammento, più che la nota controversia, dovea forse contenere divergenze di principî o controversie ignote relativamente alle cose *mancipi* e *nec mancipi*.

(2) [Quanto alle scorrettezze e irregolarità logiche del § 1 esse derivano, a mio avviso, da interpolazioni eseguite per cancellare il riferimento alle *res nec mancipi*. Cfr. lo studio seguente: *Derelizione e apprensione di cose derelitte*].

beni? Forse ciò avviene la prima volta perchè l'occupante non ha l'*animus possidendi*? Ch'egli non abbia tale *animus* non è detto. È detto anzi ch'egli possiede (*possidebas*) e i Romani non fanno sciupìo della parola *possidere* per indicare un possesso senza *animus* (1). Forse avviene perchè la cosa derelitta è la prima volta una *res aliena?* Ma è una bella ostinazione questa de' Romani, di non far motto di una circostanza così essenziale nemmeno in questo caso, in cui precisamente si fa la distinzione tra le due ipotesi!

Se invece si ammette che Pomponio facesse, come pare, una differenza tra due categorie d'oggetti, che sarebbero nel principio le *res mancipi*, nel § 1 le *res nec mancipi* e si sostituiscono a quella forma perifrastica *id quod* etc. — che ritroviamo nella L. 4 *eod.* di Paolo, anch'essa interpolata — le debite espressioni, allora tutto diventa, data la nostra ipotesi, chiaro e piano. La *res nec mancipi* derelitta al § 1 è subito proprietà del primo occupante, perchè questi si riguarda come un accipiente *quasi ex donatione* e chi la derelinque si assimila a un donatore tradente: la *res mancipi* al pr., invece, non si acquista immediatamente in base all'occupazione, e chi la compera quindi dall'occupante non ne diventa proprietario, gli venga la cosa pur mancipata debitamente, ma deve usucapirla. La scienza tuttavia che la cosa non appartiene al suo autore non gli nuoce, poichè in certo modo il consenso del terzo derelinquente al suo acquisto c'è ed egli è quindi in buona fede.

Abbiamo con questo considerato il caso in se stesso. Ma come sarebbe assolutamente incongruo ed egualmente inesplicabile il paragone che fa Pomponio per illuminare questa ipotesi del terzo acquirente e consapevole! Il terzo che compera la cosa derelitta è posto a riscontro col terzo che compera la cosa donata al marito dalla moglie. Tutti gli elementi sono supposti gli stessi dal giureconsulto

(1) [V. in seguito per la prova decisiva di questa dichiarazione lo studio intitolato: *Il punto di partenza nella teoria del possesso*].

nell'un caso e nell'altro: nel primo la scienza della derelizione e il fatto che la cosa non appartiene all'occupante venditore (*in bonis tuis non fuerit*): nel secondo la scienza della donazione, ch'è invalida ed egualmente fa che la cosa non appartenga al marito donatario e venditore. Ora non v'ha dubbio che *la moglie donante si suppone proprietaria*: proprietario quindi dovrebbe ritenersi anche il derelinquente. La conclusione poi del giureconsulto, la ragion per cui, nonostante la scienza che s'acquista la cosa dal marito e dall'occupante non proprietari, il terzo si reputa in buona fede e usucapisce, gli è innegabile che ha tratto a entrambi i casi e riconosce, anzi ha per suo presupposto, la proprietà del più remoto autore: « quia quasi volente et concedente *domino* (il donante ed il derelinquente) id faceres ». Il punto *essenziale* di corrispondenza tra le due ipotesi parallelamente discusse e risolute è proprio questo. Supporre il derelinquente un *non dominus* — che poi giova a niente — è per mille ragioni impossibile.

Se un sol dubbio potesse nascere sull'argomento è piuttosto un dubbio di ben diversa natura, e che porta a una conclusione ancor più grave e diversa dall'opinione comune. La donazione *inter virum et uxorem* non è affatto *iusta causa* per il coniuge donatario, nemmeno in quanto all'usucapione: devesi dire lo stesso della derelizione e ritenere che il terzo che compera la *res mancipi* dall'occupante la possa usucapire, ma lo stesso occupante no? Si può osservare che una corrispondenza delle due specie su questo punto è superflua, perchè la questione è tutta sulla posizione del terzo e il suo rapporto coll'autore formale, che non è proprietario (occupante, coniuge donatario) e quello ch'è in sostanza il vero autore (derelinquente, coniuge donante) (1).

(1) [Ma veramente da tutti i testi (lo abbiamo notato a principio) emerge che sia per l'acquisto immediato (di *res nec m.*), sia per l'usucapione (di *res m.*) in base alla *derelictio* è necessaria la *scientia* della

Altri argomenti a favore della nostra opinione si potrebbero indurre da testi relativi alla *missio in possessionem damni infecti causa*. Il proprietario tenuto alla cauzione può ben derelinquere l'edificio, ma non per questo il *missus* ne diventa padrone, benchè si tratti di un'occupazione autorizzata dal magistrato. Egli ha soltanto l'*in bonis* ed è posto quindi in condizione di usucapire (1).

Contrari a questo risultato sarebbero i testi in cui l'apprensione di cosa derelitta è riconosciuta in generale come modo d'acquisto della proprietà. Ma questo valore generale della *derelictio* può ben risultare, come il valore generale della *traditio*, da interpolazione giustinianea. Certo dal testo generico delle Istituzioni relativamente alla *traditio* e anche dai testi delle Pandette nessuno potrebbe ritrarre che la tradizione era limitata innanzi a una sola categoria di cose e le meno importanti. In alcuni testi poi relativi al nostro oggetto l'interpolazione è così evidente che essi divengono di nuovo argomenti a favore.

Il primo che si presenta è la L. 5, § 1, D. *Pro der.* già discussa; e qui la sfacciata contraddizione col principio della stessa rende manifesta l'interpolazione.

derelictio (Cfr. specialmente L. 2 e L. 4, *Pro der.*). Ora questa *scientia*, mentre si nota espressamente che l'ha il compratore (*ego sciens* etc.), il primo occupante non l'ha e quindi non ha la cosa nemmeno *in bonis*. La corrispondenza è quindi perfetta].

(1) L. 7, § 2; L. 15, § 21, D. *de d. inf.*, 39, 2 — Cfr. anche L. 9 (10), § 1, D. *de neg. gest.*, 3, 5 di Ulpiano. Nonostante la *derelictio* dell'edifizio compiuta dal *dominus*, tra i giureconsulti si agitava la questione se questi fosse tenuto al risarcimento delle spese verso il *negotiorum gestor*. Proculo, sulle orme di Labeone, decide che no « cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere ». Si vede che il valore della *derelictio*, secondo il motivo labeoniano, che ha un'applicazione celebre nella *servitus oneris ferendi*, è piuttosto nella volontà manifesta di non voler più aver che fare colla cosa e non esser più responsabile dei rapporti che con essa si possono collegare. Se non che Celso trova più naturale di ricorrere direttamente al fondamento della *negotiorum gestio:* non c'è responsabilità, perchè non c'è negozio *utiliter gestum*. « Non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias adgreditur ».

Alcuni testi sono relativi al *iactus ex nave* e non possono dar serio imbarazzo. Tale è la L. 58, D. *de a. r. d.*, 41, 1 di Giavoleno, l. XI *ex Cassio*: « *Quaecumque res* ex mari extracta est non ante *eius incipit esse* qui extraxit, quam dominus eam pro derelicto habere coepit ». Tuttavia il paragone colla L. 21, § 1, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2, dello stesso Giavoleno, relativa ai residui dei naufraghi (*Quod* ex naufragio expulsum est, *usucapi* etc.) ingenera per lo meno il sospetto di una interpolazione dello stesso genere in entrambe le leggi: nella prima sarebbe da restituire *si res nec mancipi*, nella seconda *si mancipi sit* o simile.

Un altro testo simile è la L. 2, § 8, D. *ad L. R.*, 14, 2, di Paolo: « Res autem iacta domini manet *nec fit adprehendentis*, quia pro derelicto non habetur ». Può darsi che qui sia stato cancellato *nec mancipi* dopo *autem*, ovvero un *etiam si nec mancipi sit* dopo *adprehendentis*. Se non che il testo può anche esser genuino, e non soltanto per la ragione addotta, ma perchè si occupa in fondo della negativa.

Di nuovo un frammento di tal genere è la L. 43, § 11, D. *de furt.*, 47, 2, di Ulpiano: « Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? . . . Et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat periturum, *qui invenit suum fecit*, nec furti tenetur ». Anche qui si può ben supporre una cancellazione, ma, come nel frammento precedente, traccia esteriore non ve n' ha. Se non che, ripetiamo pur sempre, il *iactus ex nave* doveva consistere di *res nec mancipi*: è poco probabile che si gittassero in mare case, poderi e schiavi.

L. 1, D. *Pro der.* (Ulp., l. XII *ad Edictum*): « Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur ».

Il testo dovea dire: si *nec mancipi* res.

L. 2, D. *Pro der.* (Paul., l. LIV *ad Edictum*): « Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus possumus

adquirere. § 1 Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte ».

In questo frammento dobbiamo intendere invece che il discorso fosse appunto sulle *res mancipi* e i compilatori abbian surrogato *adquirere* ad *usucapere:* indotti a farlo questa volta dall'espressa dichiarazione che la cosa è stata derelitta *a domino.* Già Paolo nel libro LIV *ad Edictum* trattava di usucapione. Di più, se si ammette l'acquisto immediato, la controversia tra Sabiniani e Proculeiani è abbastanza oziosa nè si capisce che senso e che valore pratico abbia l'opinione dei Proculeiani: posto invece che sia necessaria l'usucapione, la controversia stessa s'illumina subito a questa luce e lo scopo e il resultato diverso delle opposte sentenze appar chiaro. I Proculeiani, dal momento ch'è necessaria l'usucapione per l'acquisto, sostenevano che nel frattempo proprietario era il derelinquente, il quale, si può supporre, avrebbe potuto a un dato momento pentirsi e intentare la *rei vindicatio* contro l'occupante, alla quale questi non avrebbe avuto eccezione da opporrè: i Sabiniani invece e Giuliano, fondandosi sul valore assoluto della *derelictio*, non negavano che fosse necessaria l'usucapione all'acquisto, ma ritenevano tuttavia che la proprietà del derelinquente fosse cessata al momento della *derelictio.* Ed infine, le espressioni stesse ben si confanno a questa interpretazione: nessun giureconsulto usa *possessa*, parola così inadatta, come quella ch'esprime uno stato duraturo, invece di *adprehensa* od *occupata;* il testo originario, si vede, doveva dire « *per annum vel biennium* possessa », o, meglio, « possessa *et usucapta* ».

In conclusione: malgrado il dubbio stato delle fonti giustinianee, tutto porta a credere che nel diritto classico l'apprensione di una *res mancipi* derelitta — e fosse pur la derelizione indubitabile e validamente compiuta — non ne conferisse immediatamente il dominio; onde la funzione

principale dell'*usucapio pro derelicto* sarebbe stata appunto di trasformare in dominio il possesso dell'occupante la *res derelicta*. Il rilievo stesso, altrimenti strano, di questa *usucapio*, nella dottrina dei giureconsulti e quindi nelle Pandette (non così nelle costituzioni e nel Codice, espressione de' nuovi tempi) ribadisce la nostra tesi.

III.

La derelizione e l'apprensione di cose derelitte (*).

1. La teoria della derelizione e della correlativa apprensione di cose derelitte è coordinata nella dottrina dominante alla teoria dell'occupazione. L'apprensione di cose derelitte è concepita come una figura di occupazione da collocarsi accanto alla caccia, alla pesca, alla *occupatio bellica* e simili. Questa collocazione è l'indice esteriore, sistematico del concetto che si suol nutrire della *res derelicta*, concetto di una evidenza e di una correttezza a prima vista ineccepibili: la *res derelicta* è una *res nullius* e la *res nullius* cede al primo occupante.

Nondimeno, malgrado le apparenze, il concetto che subordina la derelizione e l'apprensione di cose derelitte alla teoria dell'occupazione, non è forse nella sostanza il concetto migliore: ma non è certamente, a mio avviso, il concetto romano. A ben guardare, nelle fonti e nel sistema romano la *derelictio* non costituisce il presupposto di una figura di occupazione, bensì ci offre il primo momento di un acquisto derivativo, che si coordina alla tradizione e *in senso lato* si può considerare come una tradizione. La *res derelicta* non è una vera *res nullius*, che cede immediatamente al primo occupante, e probabilmente la logica, certamente l'interesse sociale può esigere che l'acquisto di essa vada regolato giusta le norme degli acquisti derivativi.

2. Cominciamo intanto dal fissare una pregiudiziale. Il concetto della *derelictio* non ha relazione con la proprietà e

(*) Da due studi inseriti ne' *Rend. dell'Ist. Lomb.*, vol. L, 1917: *Il concetto della derelizione e la sua relazione col possesso: Gli effetti della derelizione.*

col diritto, ma è in istretta connessione col possesso. La *derelictio* non è se non l'abbandono della *possessio* della cosa, *animo et corpore*. I due momenti del possesso si riscontrano nella *derelictio:* il distacco dalla cosa indica la perdita della *possessio corpore*, l'intenzione di rinunciare alla signoria su di essa, ossia l'*animus derelinquendi* rappresenta la cessazione dell'*animus possidendi*.

Come la *possessio corpore*, così il distacco dalla cosa, cioè la condizione obbiettiva della derelizione, il *relinquere*, si pone in essere nei modi più varî, secondo la natura dell'oggetto.

Si gitta via la cosa mobile, si fa semplicemente a meno di raccoglierla se caduta, di riprenderla se posata in luogo pubblico, si espone lo schiavo neonato, si caccia via l'animale o si rinuncia alla sua custodia. Quanto agli immobili, si abbandona la coltura dei fondi, l'uso e la manutenzione degli edifici, ecc.

L'*animus derelinquendi* anch'esso, come l'*animus possidendi*, di rado viene espresso a parole: d'ordinario è l'atto stesso che rivela questa intenzione di rinunciare alla signoria sulla cosa. Tuttavia, specialmente per quel che concerne gli immobili, l'atto può avere un carattere dubbio ed equivoco e soltanto le circostanze e la perseveranza nello stato di abbandono, il *longum silentium* possono stabilire l'esistenza di una vera derelizione.

3. L'*animus*, essenza della *derelictio*, è implicito nella parola stessa come l'*animus possidendi* è, a nostro avviso, implicito nella romana *possessio* (1). *Derelinquere*, *pro derelicto habere*, le tipiche espressioni romane (2), non significano

(1) V. in seguito: *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*.

(2) Gli esempi sono numerosi nelle nostre fonti: *derelinquere aedificium* (Pap., L. 45 pr., D., 41, 3; Ulp., L. 20, § 10, D., 39, 1 (senza ragione sospetta); Ulp., L. 15, § 35, D., 39, 2 (senza ragione sospetta); *fundum* (Ulp., L. 9 pr., D., 4, 2); *insulam* (Ulp., L. 9 (10), § 1, D., 3, 5); *rudera*

lasciare, bensì *abbandonare:* significano l'intenzione di perpetua rinuncia. Per vero ai nostri giorni il valore tecnico della voce *derelinquere* è stato rinnegato in uno studio troppo sottile di un giovane e valente romanista polacco (1). I giureconsulti, osserva il Berger, usano molte volte *relinquere* per indicare la cosiddetta derelizione, e se la parola *derelinquere* prevale in questo senso, non si ha la certezza che essa non derivi dai compilatori, i quali hanno simpatia per questa voce, e hanno in più testi mutato *relinquere* in *derelinquere*.

Se non che la prima asserzione non è esatta: dei testi desunti dal *Vocabularium Iurisprudentiae* (2) uno solo si riferisce alla *derelictio* ed è la L. 3, D., 41, 7, che parla della derelizione da parte di un condomino. Ma precisamente in questo testo — a parte che la lezione non è sicura (la *Vulgata* reca appunto *dereliquerit*, invece di *reliquerit*), a parte che il testo è, a nostro avviso, rimaneggiato dai compilatori (3) — l'inciso in questione « si in re communi socius partem suam reliquerit » esprime la posizione di fatto, ed il seguito della discussione è per l'appunto se questa sia o non

(Ulp., L. 7, § 2, D., 39, 2); *merces* (Jul., L. 7, D., 41, 7); *servum* (Iav., L. 36, D., 45, 3 (in parte sospetta); *rem* (Ulp., 9 (10) § 1, D., 3, 5; Ulp., 6, § 2, D., 8, 5; Ulp., L. 43, §§ 5, 6, D., 47, 2; L. 43, § 11, D., 47, 2 (sospetta); Ulp., L. 43, § 5, D., 47, 2); in generale: Ulp., L. 25, D., 13, 7; Paul., L. 4, D., 41, 7; Paul., *Sent.*, II, 31, 27. Aggiungiamo: *bona* (Ulp., L. 2, D., 48, 23); *usumfructum* (Pomp., L. 65 pr., D., 7, 2; Ulp., L. 64, *eod.*).

Pro derelicto habere: Rubr.: D., 41, 7; Iav., L. 58, D., 41, 1; L. 36, D., 45, 3; L. 21, § 2, D., 41, 2; Iul., 8, D., 14, 2; L. 6, 7, D., 41, 7; Pomp., 5 pr., D., 41, 7; L. 5, § 1, *eod.;* Gai., L. 6, D., 39, 2; L. 5, D., 42, 8; Venuleius, L. 76, D., 21, 2; Ulp., L. 7, § 2, D., 39, 2; L. 15, § 21, D., 39, 2; L. 1, D., 41, 7; L. 2, § 39, D., 43, 8 (Ofilius: « pro der. reliquit »); L. 2, § 40, D. *eod.;* L. 43, § 10, D., 47, 2; L. 43, § 11, *eod.;* L. 46 pr., D., 47, 2; Paul., L. 2, § 8, D., 14, 2; L. 2 pr., D., 41, 7; L. 4, D. *eod.;* L. 8, D. *eod.;* Marcian., L. 9, D., 48, 1; Mod., L. 2, D., 40, 8; L. 3, D., 41, 7; *in derelicto:* Iav., L. 21, § 1, D., 41, 2.

(1) Berger, *In tema di derelizione*, Roma 1915, Tip. del Senato. Osservazioni critico-esegetiche (in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXVIII, 1915: edito solo in estratto).

(2) Berger, loc. cit., pag. 12, nota 1.

(3) V. *Il « ius adcrescendi » nel condominio*, in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, vol. XLVI, 1913, pag. 831 e segg. [V. appresso in questa collezione].

sia vera *derelictio*; era giusto pertanto che il giureconsulto non anticipasse la soluzione, che del resto è negativa, usando una parola che significava la vera *derelictio*.

Quanto alla seconda osservazione, che i compilatori abbiano una predilezione per la voce *derelinquere*, è vero. Sono essi precisamente che, come del resto gli scrittori dell'ultima decadenza, adoperano in ogni uso la parola *derelinquere* invece di *relinquere*, cioè non solo nel senso proprio di abbandonare, ma anche in quello della nostra parola lasciare: così, lasciare per atto di ultima volontà, nel linguaggio dei compilatori e nel linguaggio delle costituzioni di Giustiniano, è quasi regolarmente espresso con *derelinquere*. È una simpatia per le voci più enfatiche, che corrisponde alla simpatia, comune pure a Giustiniano e agli scrittori della decadenza, per la parola *universi* invece della semplice parola *omnes*. Ma questa cosa vera non deve illogicamente lasciarne sospettare una falsa: cioè che essi abbiano nel nostro tema creato il senso tecnico della parola *derelictio*: lo hanno invece, se non abolito, per lo meno confuso od oscurato con la loro preferenza generale per questa voce. È questa tendenza all'enfasi, che distrugge, sciupandole, le parole aventi un significato proprio e fa talvolta che il superlativo significhi meno del positivo: cosicchè dalla osservazione del Berger circa questa predilezione si può inferire — anzi la cosa risulta con precisione, sfrondando i testi giustinianei che usano *derelinquere* per lasciare — che le parole *derelictio* e *derelinquere* avevano nei giureconsulti un valore strettamente tecnico, significando quello che nella nostra lingua esprimono le voci quasi egualmente tecniche: *abbandono* e *abbandonare* (1).

(1) Il Berger cita anche, pel vezzo dei compilatori d'interpolare la voce *derelinquere* al posto di *relinquere*, la mia *Storia del diritto rom.*, 2ª ediz., pag. 684; e TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftrechtl. Stud.*, 1913, pag. 53. Benissimo: ma, ripeto, il fenomeno non è nettamente apprezzato dal Berger. Appunto perchè l'uso dei giureconsulti è rigidamente limitato, esso è rigidamente tecnico.

Il Berger, per vero, cita alcuni testi in cui il *derelinquere*, nel tema stesso della *derelictio*, sarebbe interpolato dai compilatori: la L. 45, D., 41, 2; la L. 20, § 10, D., 39, 1; la L. 15, § 35, D., 39, 2, e con qualche esitazione la L. 7, § 2, D. *eod.* (1).

Queste interpolazioni sono molto dubbie; ma esse non significano, ad ogni modo, cioè ammesso pure che sieno giuste, che i compilatori abbiano mutato il classico *relinquere* in *derelinquere*, bensì che essi hanno aggiunto tutta la frase con *derelinquere*, e data la simpatia che essi hanno per questa parola, nulla di strano che l'abbiano interpolata anche in tema di vera *derelictio*, per quanto l'abuso che ne fanno fuori di quel tema ne abbia oscurato un poco il valore tecnico.

4. Il Berger attribuisce invece un significato tecnico alla frase *pro derelicto habere* (l. c., pag. 12 e segg.). Ciò è giusto (2). Ma non perciò *derelinquere* vuol esser ristretto ad indicare « l'atto materiale ».

La parte significativa in entrambe le locuzioni è sempre il *derelinquere*. L'*animus*, vale a dire quel « certo indirizzo della mente del proprietario » non si deve ricercare nell'*habere*, ma nel *derelinquere*: *habere* significa soltanto che quello stato è duraturo; l'italiano sente in quella forma il valore del suo

(1) Berger, loc. cit., pag. 8-11 e n. 4 a pag. 11. In altri testi malgrado tutta la buona volontà di supporla interpolata, egli deve riconoscere la genuinità della voce *derelinquere* (v. pag. 11-12).

(2) Eccessiva è peraltro la meraviglia per la singolarità della locuzione *pro derelicto habere* ed errata assolutamente la « conseguenza logica » che « soltanto un proprietario può *rem pro derelicto habere* », che « la *res* altrui non può esser *habita pro derelicto* », che nell'*habere pro derelicto* si deve sempre sottintendere *a domino* » (loc. cit., pag. 13). Eh via! chiunque può farla da padrone sulle cose altrui e chiunque, anche non *dominus*, viceversa, può voler disfarsene: questa è *derelictio*, come quella è *possessio*.

Quanto ai testi numerosi delle Pandette addotti a dimostrar la tesi, essi provano unicamente che la *derelictio* da parte del proprietario è l'ipotesi più frequentemente prospettata dai giureconsulti: il che a me che ritengo che l'*usucapio pro derelicto* dovesse il più delle volte riferirsi alle *res m.* derelitte fa piacere di veder riconosciuto. L'abbaglio del Berger si tocca con mano nel tema dell'*usucapio pro dere-*

passato prossimo, con una più viva insistenza sul sentimento della continuità dell'effetto, di quella che è nel suo passato prossimo. Ma se *pro derelicto habere* e, per noi, anche *derelinquere* implicano nei casi singoli l'esistenza dell'*animus*, non è logico inferirne che l'*animus derelinquendi* sia nella teoria della derelizione una superfetazione e si debba eliminare dalle fonti come un'interpolazione.

Questa piccola lotta contro l'*animus derelinquendi* corrisponde alla gran lotta combattuta contro l'*animus possidendi* e soffre degli stessi equivoci formali e sostanziali. Equivoci formali: il significato delle parole *possessio* e *derelictio* non allude nè alla mera detenzione della cosa, nè rispettivamente alla mera separazione della cosa, bensì alla detenzione con intento di esercitare una dominazione signorile (*possessio* si tradurrebbe meglio con signoria che non con la nostra parola possesso) e al distacco con intenzione che esso sia perpetuo e che significhi l'abbandono di ogni idea di padronanza. Equivoci sostanziali: può ben essere, anzi è certamente, che l'*animus possidendi* o l'*animus derelinquendi* siano stati rilevati soltanto dalla giurisprudenza posteriore, ma ciò non significa che questa abbia creato un requisito nuovo, che abbia alterato il concetto del possesso o dell'abbandono:

---

licto. Questa esige, almeno nell'opinione più rigorosa e più fortemente rappresentata dai giureconsulti, un titolo vero, una reale *iusta causa*. Nell'opinione del Berger il titolo *pro derelicto* sarebbe sempre, nell'ipotesi di *res aliena* (che egli ritiene l'unica anche nel diritto classico), un titolo putativo. E per vero egli si esprime chiaramente in tal senso. Per l'usucapione « ci vuole un atto materiale di derelizione compiuto in circostanze tali da far credere che sia avvenuta una vera derelizione, cioè un *pro derelicto habere* da parte del *dominus* ». Ora, le *circostanze tali da far credere* che sia avvenuta vera derelizione esprimono un titolo putativo. Ma i giureconsulti esigono vera derelizione, come esigono vera compra-vendita: il che vuol dire che vera derelizione è precisamente anche quella eseguita dal non proprietario: come vera compra-vendita, vera donazione, vera dote è quella conchiusa, eseguita, costituita effettivamente, ma dal non proprietario. Cfr. nel nostro senso anche ROTONDI, *La « derelictio servi » nel diritto giustinianeo ultimo*, in *Rendiconti dell'Ist. Lomb.*, vol. XLVIII, 1915, pag. 721, n. 1.

significa soltanto che ne ha analizzato e formulato gli elementi, nè v'è nessuna ragione di fare un merito o un biasimo a Paolo per la creazione dell'*animus possidendi*, nè di far un merito o un biasimo a Giustiniano per l'*animus derelinquendi*.

L'*animus derelinquendi* si trova anche in due testi classici, l'uno di Paolo e l'altro di Gaio (IV, 153). Il Berger impugna con argomenti errati la genuinità del primo (1) e circa il secondo osserva che l'*animus relinquendae possessionis* doveva esser accentuato, essendo il *discesserimus* troppo scolorito e mancando il *pro derelicto habere*, che indicherebbe l'intenzione del derelinquente. Ma che cosa vuol dir ciò? Fosse o non fosse necessario il rilievo dell'*animus*, che esso sia nella

---

(1) Il testo delle sentenze di Paolo (II, 31, 27), che Cuiacio ha desunto dal Codice vesontino (Cuiac., *In Jul. Paul. Rec. Sent.*, II, in *Opp.*, Venetiis 1758, vol. I, pag. 364 B; *Obs.*, I, 21, c. XIX, vol. III, pag. 578 A; Berger cita rispettivamente secondo l'edizione napoletana del 1722, I, 411 C. e III, 621 E) è letteralmente così concepito: « qui pro derelicto rem iacentem occupavit, furtum non committit, tametsi a domino derelinquendi animo relictam ».

Le osservazioni del Berger su questo testo (loc. cit., pag. 25 e 26) non sono felici, e la sua ricostruzione è durissima e impossibile. *Pro derelicto occupare*, egli osserva, è una frase isolata. Ora il testo non dice *pro derelicto occupare*, come l'intende il Grupe nel *Vocabularium Iur. rom.*, II, 183, l. 35, e dietro a lui il Berger: *rem iacentem* si connette a *pro derelicto*. Nè la frase in questa forma sarebbe un ἄπαξ εἰρημένον e un brutto latino, come ritiene il Berger. Diciamo bene noi pure nell'uso comune: giacere abbandonato.

Un classico, osserva il Berger, « non dice *derelinquendi animo relinquere*, perchè per lui *derelinquere* è eguale a *relinquere* ». Precisamente il contrario della verità! *Derelinquere* è *relinquere* con l'*animus derelinquendi*. Questo far omaggio a Giustiniano di tutti gli *animus* è per lo meno eccessivo. E qui siamo poi fuori del Digesto in un frammento che, sulla fede di Cuiacio, dobbiamo ritenere classico. Ben è vero che la chiusa del testo, se si attribuisce a *tametsi* il significato di *quantunque*, dovrebbe essere emendata. Il Huschke, e dietro a lui il Seckel e il Kübler, correggono il *relictam* in *relicta non sit:* il Krüger, il Girard e il Baviera soggiungono un *non* accanto a *derelinquendi*. Nel primo passo di Cuiacio in nota è un'emendazione del Rittershusius, in cui si propone di leggere (invece di *tametsi*) *ita tamen si*. Ma è un abbaglio (almeno secondo la mia edizione, che reca il testo nella forma comune) ciò che il Berger osserva, che nel secondo passo Cuiacio

specie rilevato dimostra che non è ignoto ai classici (1). Quanto ai testi del Digesto (L. 15, § 35, D., 39, 2; L. 43, § 11, D., 47, 2) il Berger li reputa interpolati e un testo del Codice che parla di una *derelinquendi affectio* (L. 4, C., 7, 32) viene eliminato, perchè « siamo già fuori del diritto classico ». Se non che l'interpolazione de' primi due testi è assai dubbia, per lo meno nella parte in cui si allude all'*animus*, e il testo del Codice appartiene a Diocleziano, nè quindi siamo fuori dal linguaggio classico e dal diritto classico.

L'epoca romano-ellenica ed il linguaggio nuovo incominciano con l'imperatore Costantino.

5. Tutto questo lavorìo, per eliminare l'*animus derelinquendi* è poi ispirato da preconcetti errati. I compilatori, secondo il Berger, avrebbero sottolineato l'*animus* e l'*affectio derelinquendi* nella dottrina della derelizione, perchè ai Bizantini l'espressione *pro derelicto habere* era poco simpatica, e per questa ragione, segnalando l'atto della derelizione « con un semplice *derelinquere* », dovevano per forza rilevare con una menzione particolare l'*animus derelinquendi* (l. c., pag. 28). Ora l'antipatia de' compilatori per la frase *pro derelicto habere* non è punto vera; nè il *derelinquere* è una locu-

---

riferisca le parole del Codice vesontino leggendo *tamen si* invece di *tametsi*. Io sarei d'opinione di non fare nessuna emendazione, in quanto il *tametsi* ha per me in questa frase il senso di *scilicet si*, cioè si traduce col nostro *però*. Ma la restituzione del Berger, mal ispirata alla preoccupazione di eliminare l'*animus derelinquendi* è certo più brutta assai del testo. Eccola: « Qui pro derelicto *habitam* rem iacentem (se si aggiunge *habitam*, che cosa ci sta più a fare il *iacentem*?) occupavit, furtum non committit, tamen si a domino relictam occupavit » (...?).

(1) Il Berger avrebbe potuto piuttosto far suo pro dell'uso del *relinquere* in questo testo, che non è meno scolorito del *discedere*. Se non che io credo che Gaio non avrebbe usato la parola *relinquere*, se si fosse riferito alla *res*: ma la rinuncia era abbastanza significata, a mio avviso, dalla relazione con la *possessio*. *Derelinquere* (*rem*) si può definire precisamente *relinquere possessionem*, quando *possessio* s'intenda nel senso romano di signoria (*animo et corpore*), non già in quello di detenzione.

zione semplice e scolorita. Certamente essa è stata nel linguaggio dei compilatori non poco sciupata dall'abuso; ma la parola, anche abusata, riacquista il suo valore tecnico nel tema nostro. Pei giureconsulti poi non vi ha dubbio che il concetto è, come la *possessio*, intuitivo, che esso implica l'*animus*, e a un certo momento ciò si è scorto e formulato (1).

Ciò non vuol dire che in quel certo momento l'*animus* si aggiunga alla *possessio* e alla *derelictio*; l'analisi di un concetto, come l'analisi di un corpo, ne rileva la composizione, ma non aggiunge nulla.

Del resto, così nella lingua latina fuor dell'uso giuridico, come nella lingua italiana volgare, che, di nuovo, come da lungo tempo io ripeto, conserva più puro il valore classico delle parole, offuscato e alterato nel linguaggio bizantino, *derelictus* o derelitto indica chi è lasciato per sempre, chi è

---

(1) Non vogliamo con questo negare che il riguardo all'esteriorità allargasse in antico il dominio della *possessio* e della *derelictio* anche ad ipotesi che nel diritto classico sarebbero escluse dall'una e dall'altra: l'analisi interna reca pur sempre una maggior precisione nelle applicazioni e una maggior chiarezza nella coscienza. Il problema è molto analogo a quello della pretesa responsabilità senza colpa del diritto primitivo. Nel caso nostro non è escluso che in antico le merci gettate in mare e gli avanzi di naufragio fossero precisamente oggetti compresi tra le *res derelictae*: la molteplicità dei responsi (Iav., L. 21, § 2, D., 41, 1; Iul., L. 7, D., 41, 7; L. 8, D., 14, 2; Gai., L. 9, § 8, D., 41, 1; Paul., L. 2, § 8, D., 14, 2; Ulp., L. 43, § 11, D., 47, 2; avanzi di naufragio, Iav., L. 21, § 1, D., 41, 1; L. 58, *eod.*, L. 44, D., 41, 1; cfr. § 48, I., 2, 1), il tenore di alcuni di essi, che sembrano rispondere ad una controversia ed anche coi riguardi dovuti in una controversia plausibile, infine la circostanza che i diritti di naufragio rappresentano una delle più perduranti concezioni barbariche anche nell'evo moderno, potrebbero dimostrare questo pensiero. Caratteristica è la discussione della L. 44, D., 41, 1, dalla quale sembra risultare che gli oggetti così smarriti si presentassero alla mente degli antichi sotto lo stesso profilo degli animali domestici rapiti da una belva e strappati poi da un cacciatore qualunque alla belva. Tuttavia può ben essere che la discussione di Ulpiano nella L. 43, § 14, D., 47, 2, la quale ci rappresenta come ancora viva al suo tempo questa discussione del *iactus mercium*, e la tronca con una distinzione, non sia genuina, e in questa misura almeno potremmo concordare col Berger (loc. cit., pag. 46 e seguenti).

lasciato con proposito: il romano T. Gracco, che si dice *derelictus ab amicis*, o l'italiano che parla di sposa derelitta non intendono certo la consueta momentanea separazione di un amico o di un buon marito, che lasciano la comitiva o la casa.

6. Questa stretta connessione della *derelictio* con la *possessio*, nella quale abbiamo voluto insistere, combattendo alcuni veri traviamenti, ci mena a stabilire la vera posizione delle cose e ad entrare nel vivo della questione. La *derelictio* corrisponde al primo momento della *traditio*, che si concreta essenzialmente in una rinuncia della *possessio* nel senso romano, cioè della signoria sulla cosa. La presa di possesso che altri faccia dell'oggetto corrisponde al secondo momento. Pertanto la *derelictio-adprehensio* non potrebbe esser modo di acquisto se non negli stessi limiti e per quegli stessi oggetti per cui è un modo di acquisto la *traditio*, cioè in quei casi in cui la proprietà non è che un possesso garantito dalla legge. Certo è che, come altra volta abbiamo accennato (1), se l'ordine delle materie deve significare qualcosa, esso è interamente a favore della nostra tesi. Salvo alcune rare e sporadiche collocazioni (che concernono in generale il *iactus mercium* o gli avanzi di naufragio) i frammenti delle Pandette relativi alla *derelictio*, estratti o dai libri *ad Sabinum* o dai libri *ad Edictum* e inseriti o nel titolo *Pro derelicto* o fuori di esso, risultano nell'ordine genuino, come appare da un rapido confronto con la Palingenesi del Lenel, appartenenti o al tema della *traditio* o a quello della *possessio et usucapio*: cioè sempre nel discorso di quelli che nel concetto romano erano i modi derivativi di acquisto, modi che i giureconsulti romani distinguevano assai nettamente dagli originari (cfr., per es., GAI., *Inst.*, II, 65).

Che poi la connessione della *derelictio* con la *traditio* non sia un fenomeno estrinseco, accidentale, ma corrisponda

(1) V. *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XVII, 1894, pag. 133 (sopra pag. 333 e seguenti).

all'intimo pensiero de' Romani, lo manifesta la discussione sul caso speciale del *iactus missilium*. Di questa singolare usanza del gittare oggetti o monete al popolo si parla da Gaio nella L. 9, § 7, D., 41, 1, che corrisponde al § 46 delle Istituzioni, II, 1, e da Pomponio nella L. 5, § 1, D., 41, 7.

Gaius, *l. II, rer. cot. sive aureorum*, L. 9, § 7, D. *de ac. rer. dom.*, 41, 1: « Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce qui missilia iactat in vulgus, ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficit ».

Pomponius, *l. XXXII ad Sabinum*, L. 5, § 1, D. *Pro der.*, 41, 7: « Id quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves emiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae cum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur voluisse alicuius fieri ».

Il tenore di questi testi (1) ha messo in grande imbarazzo gli scrittori, perchè sembra che il *iactus missilium* oscilli tra la *derelictio* e la *traditio*, il che per coloro i quali ritengono i due istituti non solo come distinti, ma come appartenenti a due campi essenzialmente diversi, rappresenta una contraddizione. Vi hanno i fautori della derelizione, cioè coloro che vedono nel *iactus missilium* una *derelictio* (Scheurl, Pernice); ma poichè qualche cosa di speciale par loro di notare in questa particolare derelizione, la si chiama una *derelizione qualificata*. Vi hanno i fautori della tradizione, cioè coloro che scorgono in questa figura un'applicazione della *traditio* (Ihering, Exner, Czyhlarz, Ferrini); ma poichè anche rispetto alla tradizione vi è qualche cosa di speciale in quanto la persona è indifferente, essi la chiamano, rical-

---

(1) Il secondo è assai scorretto; ma non sarei alieno dal credere che la scorrettezza e l'irregolarità logica procedano da interpolazioni eseguite per sostituire frasi generiche (*ea quae cum quis*, etc.) al discorso preciso sulle *res nec mancipi*.

cando quasi le parole di Gaio, una *traditio in incertam personam.* Altri (Perozzi) ha continuamente oscillato da una tesi all'altra.

I fautori della derelizione si appoggiano specialmente sul testo di Pomponio ed osservano che Gaio dal § 5 in poi parla di acquisti che si compiono per la *nuda voluntas* del proprietario *sine traditione.* I fautori della tradizione invece si appoggiano sulla collocazione del testo gaiano, poichè in ultima analisi, nonostante le parole *sine traditione*, i casi che precedono rappresentano vere tradizioni, in cui la trasmissione del possesso ha carattere spirituale (la *traditio brevi manu*, la *traditio* delle *claves*, probabilmente *apud horrea*), si appoggiano sul *transfert* e sul ragionamento, in quanto la volontà diretta verso una persona, sia pure indeterminata, non è una volontà di rinuncia assoluta e indifferente alla persona che occupa la cosa. Per noi questa difficoltà e queste divergenze non hanno ragione di esistere. La *derelictio-adprehensio* è pei giureconsulti romani un fenomeno analogo alla *traditio*, ed è naturale che vi si passi per gradi e quasi vi siano delle anella che la ricongiungano alla *traditio:* l'ultimo grado, il più prossimo, è la *voluntas* collocata *in incertam personam.*

La tradizione materiale svanisce, ma vi è pur sempre un trasferimento: la volontà è collocata in una incerta persona, ma si può anche ritenere indifferente alla persona. Ed infatti se anche un oggetto, ad esempio, non è raccolto da nessuno, perchè per avventura rimanga sepolto nel terreno, si dirà per questo che il lanciatore non ne ha perduto la proprietà e che chi lo scopra in seguito e lo raccolga non ne divenga proprietario come di una *res derelicta?*

Notiamo infine che l'ipotesi chiara e la definizione della *derelictio* segue nelle Istituzioni immediatamente al paragrafo gaiano, in cui si enuncia l'ipotesi della *traditio in incertam personam.*

§ 47, I., II, 1: « *Qua ratione* verius esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod

dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit ».

Caratteristica è poi la connessione stabilita dal *qua ratione*. Gli scrittori, fissi nel ritenere la *derelictio-occupatio* come un istituto distinto e remoto dalla *traditio*, dichiarano questa connessione ora strana, ora irragionevole: il Berger, più risolutamente, si prova in lunghe pagine (1) a dimostrare che il testo delle Istituzioni non appartiene a Gaio. Se non che lo stile è perfettamente gaiano e tutti i rilievi accumulati dal Berger sono in parte futili per eccesso di sottigliezza, in parte erronei: *ea mente ut nollet* non è certo più sovrabbondante, per l'identità concettuale del *mente* e del *nollet*, di quello che sia il genuinamente gaiano *voluntatem domini volentis*, che ci offre un'identità concettuale e quasi verbale; nè è appuntabile per tautologia il *non hanc mentem habent ut pro derelicto habeant* di Giuliano in L. 8, D., 14, 2. A questa stregua quante tautologie! Il vero è che lo stile di Gaio riflette quello di Giuliano e fa fede per la genuinità del passo. L'unico punto veramente degno di considerazione è che nel frammento gaiano inserito nel Digesto il testo manca: quindi le Istituzioni ci presenterebbero un Gaio più completo e genuino. La cosa non è strana e non è isolata, e anche i paragrafi precedenti nella redazione delle Istituzioni sembrano veramente più conformi allo stile di Gaio che non i paragrafi corrispondenti del Digesto. D'altra parte, malgrado questa lacuna, il riavvicinamento della *derelictio* e della *traditio* emerge anche dal Digesto e forse in guisa più stridente, perchè la *derelictio* apparente (§ 8) è senz'altro opposta alla *traditio in incertam personam* (§ 7): onde è ben probabile che il § *qua ratione*, che i compilatori delle Istituzioni han dovuto accorciare e alterare (2), sia stato per maggior sem-

(1) Loc. cit., pag. 14-23. V. anche pag. 47-68.

(2) Cfr. BONFANTE, *Riv.* cit., pag. 105, n. 1 [V. sopra, pag. 334 e 335 testo e n. 1), dove precisamente io argomento più dal testo del Digesto che da quello delle Istituzioni].

plicità soppresso dai compilatori delle Pandette. Non vogliamo peraltro disprezzare questo non nuovo rilievo del Berger.

Ma dato pure che il testo sia tutto di getto dei compilatori, che cosa può significare l'interpolazione se non che i compilatori stessi sono in quest'ordine di idee?

7. Ma un valore quasi decisivo di riprova ha il silenzio della *derelictio* nel discorso della *occupatio*.

La teoria dell'occupazione nel Digesto e nelle Istituzioni ha una larga esplicazione: organica e sistematica nel libro II, tit. I, delle Istituzioni e nelle prime leggi del titolo 41, 1 del Digesto: sporadica in una serie di altri titoli. Questa trattazione ci mette dinanzi tutte le varie configurazioni dell'istituto: occupazione di animali, come la caccia e la pesca, di oggetti inanimati, come quella delle gemme ed in generale delle *res inventae in litore maris:* occupazione di immobili, come la *insula in mari nata*, e persino l'*insula in flumine nata* tra fondi limitati, benchè per quest'ultima si tratti nel diritto giustinianeo di pure notizie storiche; occupazioni promiscue di mobili ed immobili, come l'*occupatio bellica;* si discute largamente de' singoli oggetti occupabili e principalmente delle categorie degli animali selvatici, addomesticati o domestici, e anche l'acquisto del tesoro si ricollega nella collocazione alla *occupatio*, e non si può negare che per una parte almeno essa è acquisto per *occupatio* o *inventio*. Solo della *derelictio* o della *res derelicta* non si parla mai in relazione all'*occupatio*, nè delle *res derelictae* in connessione con le *res nullius* abbandonate all'occupazione.

8. Le nostre fonti ricordano una controversia alquanto singolare che esisteva in tema di *derelictio* tra Proculeiani e Sabiniani.

I Sabiniani erano d'avviso che la cosa derelitta dovesse cessare immediatamente di appartenere al derelinquente. I Proculeiani invece ritenevano che la perdita della pro-

prietà non si avverasse se non al momento in cui altri avesse preso possesso dell'oggetto (1).

Questa controversia non è apparsa altrimenti spiegabile al Czyhlarz se non ritenendo che i Proculeiani configurassero precisamente la *derelictio-occupatio* come una figura di *traditio*, e che la teoria autonoma della derelizione appartenga alla scuola sabiniana. La spiegazione in questa forma e in questa misura non è ammissibile, perchè la derelizione è trattata in connessione con la *traditio*, come abbiamo visto, da Gaio, sabiniano, e da Pomponio, probabilmente sabiniano o per lo meno eclettico, e ad ogni modo sempre nei *libri ad Sabinum*. E anche negli altri giureconsulti essa non appare mai in rapporto con l'occupazione.

Una divergenza quindi sul concetto autonomo o meno della *derelictio* non vi è tra i giureconsulti romani. Ma non è men vero perciò che la controversia si spiega unicamente per l'influenza che esercita l'affinità della *derelictio-adprehensio* con la *traditio*. Probabilmente tale affinità era esagerata nella scuola proculeiana, mentre i Sabiniani, pur riconoscendo la *derelictio-adprehensio* come un modo derivativo di acquisto, la distinguevano dalla *traditio* vera e propria.

Questa controversia mostra ancora una volta la connessione della *derelictio* con la *possessio* anzichè col *dominium*. La prima era irremissibilmente perduta, e su ciò i giureconsulti sono d'accordo: circa il *dominium* invece si poteva nutrir dubbî e discutere se l'abbandono della cosa dovesse rompere immediatamente il vincolo giuridico. Forse a questo pensiero è da coordinare un testo assai tormentato delle

(1) La controversia è riferita nei seguenti testi: L. 2, § 1, D., 41, 7; L. 43, § 5, D., 47, 2. Nella prima di queste leggi Paolo riferisce l'opinione di Proculo e in contrasto l'opinione di Giuliano, il grande giureconsulto di scuola sabiniana, nella seconda Ulpiano richiama senz'altro direttamente la teoria dell'efficacia immediata della derelizione a Sabino e Cassio. Un'allusione alla controversia è anche al § 47, I., 2, 1, che deriva molto probabilmente, come dicemmo, da Gaio, anch'egli di scuola sabiniana. Il principio sabiniano è accolto in tutti e tre i testi e quindi fa legge nel diritto giustinianeo.

nostre fonti, la L. 17, § 1, D. *de a. vel a. poss.*, 41, 2, di Ulpiano: « Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere ».

9. Un altro rilievo crediamo di dover fare. In una serie di leggi si esige come requisito dell'acquisto immediato o dell'occupazione in base alla *derelictio* la condizione della *scientia*, cioè della consapevolezza che l'oggetto è stato derelitto.

Questa condizione è alquanto imbarazzante, tanto che gli scrittori o non la menzionano, o la considerano come un rilievo privo di valore giuridico. In realtà le forme recise adoperate dalle nostre fonti (« *si sciamus*, possumus adquirere: id quod pro derelicto habitum est et *haberi putamus: ego sciens* in ea causa esse ») non dovrebbero lasciar adito a queste scappatoie: esse pongono la scienza della derelizione come un requisito dell'acquisto: anzi nella L. 5 pr. *Pro der.* soltanto l'assenza o la presenza di questo requisito spiegano perchè il primo possessore non abbia la cosa *in bonis* e non possa usucapire, e lo possa invece il secondo (*ego sciens*).

Ora non vi sarebbe ragione di far della scienza un requisito dell'acquisto se la *res derelicta* fosse veramente una *res nullius*, perchè l'intenzione di impadronirsene dovrebbe bastare. In simili casi, ripetono sempre i Romani, la *opinio*, la *existimatio* non significan nulla di fronte alla *substantia*, alla *res*, cioè alla realtà. Ma la cosa si spiega invece avuto riguardo al carattere di trasferimento della *derelictio* e alla sua analogia con la *traditio*. Nella *traditio*, infatti, occorre che l'accipiente sia consapevole della volontà del tradente di trasmettergli la cosa: anzi abbiamo nelle fonti rappresentata un'opinione estrema, che esige la scienza e il consenso sulla causa stessa che muove il tradente a trasmettere la cosa: nella celebre L. 18, D., 12, 1. Ulpiano è d'avviso che se c'è divergenza nella causa della tradizione per cui io ritengo di

donare e tu di ricevere a mutuo, non si abbia nè donazione nè mutuo, e non passi la proprietà, benchè pure tanto la donazione quanto il mutuo sieno cause giustificative del passaggio della proprietà.

10. Ma vi hanno poi argomenti più diretti, che mostrano a un tempo stesso il valore pratico della questione. Se si considera la derelizione come una rinuncia assoluta alla cosa, per cui essa diviene *res nullius*, nel senso ordinario della parola, dovrebbero estinguersi tutti i diritti che gravavano sulla cosa derelitta, per esempio le servitù prediali e l'usufrutto, nonchè le servitù inerenti attivamente ad un fondo. Ciò è ripugnante ed inopportuno, e si può dire anzi in contrasto con le fonti per quel che concerne l'usufrutto, il quale perdura sulla cosa derelitta (1). Il cessare de' *iura in re* sulla cosa derelitta, a parte la contraria attestazione delle fonti, è parso tanto enorme che unanimemente la dottrina decide in senso contrario: ma i fautori dell'autonomia della *derelictio*, cioè l'opinione dominante, dichiarano che ciò è ben naturale e si spiega per ragioni di evidente equità. Non neghiamo queste ragioni di equità, ma è certo che il principio non appare punto nelle fonti come un principio di diritto singolare, anzi il fatto stesso che dalle fonti la cosa risulta solo indirettamente mostra che era un principio logico e naturale.

11. Un argomento, di valore peraltro alquanto dubbio e di natura più delicata, si può desumere dalla possibilità di frodi, che certo appare per lo meno maggiore nell'opinione dominante. Un coniuge potrebbe donare all'altro, abbandonando l'oggetto in tali condizioni e modi che l'altro coniuge ne prendesse possesso; il debitore a cui si fa divieto di alie-

(1) Cfr. Ulp., *Reg.* 1, 19; Fr. Dos., 11 (la manomissione del servo usufruttuario, che è in sostanza una rinuncia al dominio, fa ben cessare il dominio, ma l'usufrutto perdura sul *servus sine domino*).

nare in pregiudizio de' proprî creditori potrebbe abbandonare l'oggetto e lasciare che la persona da lui designata l'occupi: per lo meno quest'apprensione non si potrebbe far ricadere sotto il concetto della donazione e quindi non si dovrebbe esigere la frode da parte dell'acquirente. Si potrebbero frodare tutte le forme richieste per l'alienazione degli oggetti più eminenti, cioè le *res mancipi* nel diritto classico, i beni immobili nel diritto giustinianeo. Per vero le considerazioni espresse dal Berger sulla possibilità di colpire come atti immaginari simili derelizioni hanno il loro peso e relativamente alle forme ha pure il suo valore la considerazione del Pacchioni richiamata dal Berger. Ma la possibilità rimane: e, per quel che riguarda l'alienazione in frode dei proprî creditori, è notevole come essa sia stata espressamente contemplata dalle nostre fonti (1).

Vi ha poi un testo nel quale la *derelictio* è paragonata espressamente alla *donatio* (2). Il testo si reputa per vero interpolato e certamente anche io lo stimo in parte alterato, ma ritengo probabile che nella sostanza la parte cui ci riferiamo esprima un pensiero del giureconsulto. Ad ogni modo di nuovo osserviamo che col riferire alcuni spunti della concezione, che noi riteniamo giusta, della *derelictio* all'opera dei Bizantini, non si farebbe che ribadire, dal punto di vista dommatico, che questa è la teoria giustinianea, e non si guadagna poi nulla dal punto di vista classico, quando altri indizî dimostrano che i classici erano in quest'ordine di idee, e alcuni indizî, come vedremo, sono stati per ragioni diverse soppressi.

12. Un'argomentazione di grandissima efficacia per questo carattere della *derelictio-adprehensio* si ricava poi dalle vestigia abbastanza chiare dell'antico regime delle *res mancipi*. Data infatti la nostra dottrina, se la diversa concezione della

(1) L. 4 e 5, D., 42, 8.
(2) L. 36, D., 45, 3.

derelictio non ha in generale importanza rispetto alle *res nec mancipi*, perchè, si chiami la presa di possesso occupazione di *res nullius* o si chiami apprensione in base a *traditio*, ad ogni modo per le *res nec mancipi* l'acquisto è sempre perfetto, ha invece importanza per le *res mancipi* in cui occorre l'atto di alienazione solenne, la *mancipatio*, l'*in iure cessio*, o altrimenti, se il possesso è acquistato con la mera *traditio*, non si converte in proprietà se non mediante il decorso dell'usucapione. Nella nostra dottrina, la *derelictio* è il primo momento di un'alienazione, onde la presa di possesso di una *res mancipi* derelitta non doveva conferire immediatamente la proprietà: colui che la occupa (colui che l'apprende, dicono talora le nostre fonti, il che pure è un linguaggio caratteristico, perchè *adprehendere* allude ad una trasmissione) non ne diventa altrimenti proprietario se non quando sia decorso il periodo dell'usucapione.

Ora precisamente lo stato delle nostre fonti in tema di acquisto di *res derelicta* è singolarmente contraddittorio: senza che si noti alcuna differenza, senza alcun rilievo che la cosa appartenga a chi ne dispone o sia *res aliena*, in alcuni testi si dice che basta la mera presa di possesso, in altri che occorre l'usucapione, anzi la contraddizione in termini si ha persino nello stesso testo (1). La cosa si concilia per forza nel diritto giustinianeo, supponendo che nella prima serie si voglia riferirsi alla derelizione operata dal *dominus*, nella seconda alla derelizione operata da un *non dominus*: ma poichè i testi non enunciano questa differenza essenziale, si può ben supporre probabile che nel diritto classico la ragione vera della soluzione diversa fosse la diversa qualità dell'oggetto. In uno de' miei vecchi studi (2) io tentai la dimostrazione di questo punto speciale che la *res mancipi* derelitta non si acquistasse altrimenti se non mediante usucapione. Nonostante la serie e la rilevanza degli indizî, la dimostra-

(1) L. 2 pr., *h. t.*; L. 5 pr., e § 1, *h. t.*

(2) V. *Riv.* cit., loc. cit., pag. 128 e seguenti [È lo studio precedente].

zione non si poteva dire definitiva perchè, data la condizione delle fonti giustinianee, conviene su di esse esercitare la critica, e la critica, demolitrice della fede, per una singolare contraddizione chiede anch'essa (e talvolta pretende con una certa petulanza) un poco di fede. Se non che la mia tesi o ipotesi, accolta dal Ferrini (1), dal Costa (2) e dal Rotondi (3), respinta (senza critica) dal Perozzi (4) e dal Pacchioni (5), è stata resa, a mio giudizio, più plausibile e quasi irresistibile, dalla critica sottile, cui vien sottoposta nello scritto più volte citato del Berger. Se tutta la fine dialettica di questo acuto e diligentissimo studioso si è rivolta ai suoi danni, ciò deriva precisamente dalla fragilità della tesi che egli sostiene.

In primo luogo della contraddizione, o per lo meno della singolare oscillazione, che rivelano le fonti giustinianee tra l'*occupatio* e l'*usucapio* nel nostro tema, il Berger non si cura. Gli sfuggono bensì due confessioni: a proposito della L. 5, *Pro der.*, dopo rilevato che non si parla di derelizione operata *a non domino*, osserva che « la colpa sta nella redazione del testo poco felice » (l. c., pag. 43): a proposito della L. 4, *eod.*, di nuovo avverte « necessariamente devesi intendere *non a domino*, sebbene il testo non lo dica ». Trova bensì il Berger delle ragioni perchè il testo non ne dica nulla: ma sono ragioni troppo preziose nella loro sottigliezza.

Circa l'esegesi, che è fondamentale, della L. 5, *Pro der.* la mia interpretazione (una volta rimessa la *res mancipi* al posto dell'*id quod*) sgorga limpida, logica, semplice: la correlazione tra le due ipotesi messe a preciso raffronto dal giureconsulto è intera, la simmetria del testo completa e,

---

(1) Ferrini, *Pand.*, 414, n. 4.

(2) Costa, *St. del dir. rom. priv.*, pag. 196, n. 2; 232, n. 1.

(3) Rotondi, in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, vol. XVIII, 1915, pag. 721, n. 1.

(4) Perozzi, *Ist.*, I, pag. 431, n. 1.

(5) Pacchioni, *Corso*, pag. 271, n. 2. L'osservazione del P. è la pura ripetizione in termini generici dell'insostenibile esegesi della L. 5, *Pro der.* secondo l'opinione dominante.

aggiungiamo, la decisione elegante. Il primo possessore della *res mancipi* derelitta, non consapevole della derelizione, non diviene proprietario e non può nemmeno usucapire, come non diviene proprietario e non può nemmeno usucapire il coniuge donatario: chi acquista invece dal primo possessore, sapendo della derelizione (*sciens in ea causa esse*, cioè *pro derelicto habitam rem*), usucapisce, come usucapisce chi acquista dal coniuge donatario: non è di ostacolo nell'un caso e nell'altro che alcuno acquisti da chi non ha *in bonis* la cosa (1), perchè ad ogni modo egli acquista *volente et concedente domino*, nell'un caso il domino derelinquente, nell'altro caso il domino donante, e si potrebbe anche far rilevare, di nuovo, per quanto possa esser suggerito anche dalla singolarità dell'ipotesi, il riavvicinamento della *derelictio* alla *donatio*.

Chiara è anche la corrispondenza col § 1. Qui dove si afferma l'acquisto immediato della cosa, prospettando l'ipotesi negli stessi termini, cioè senza, di nuovo, che si parli di *res aliena derelicta*, di *res derelicta a non domino*, al posto dell'*id quod* va ricollocata la menzione di *res nec mancipi*.

L'interpretazione che di questo testo è costretto ad offrire il Berger o piuttosto la critica che egli fa della mia, poichè non osa nemmeno andar al fondo di quell'insensato testo, così com'è concepito nella compilazione giustinianea, è quanto di più involuto, di più scontorto, di più arrischiato si possa immaginare. In primo luogo egli riconosce francamente che con la sua interpretazione la corrispondenza tra le due ipotesi messe a raffronto nel principio del frammento viene a mancare: e per giustificarsi richiama le dichiarazioni sconsolate del Perozzi anteriori alla mia interpretazione.

Della contraddizione col § 1 non si cura.

---

(1) Che anche il coniuge donatario non abbia *in bonis* la cosa risulta dalla nullità della donazione e dal ragionamento del testo. Cfr., *ad abundantiam*, L. 15, § 5, D., 35, 2: « Ex donationibus in uxore collatis quod heres eius reddere viro cogitur, *in bonis* mulieris non erit ».

Ecco poi le singole osservazioni sul testo e sulla mia esegesi

a) L'interpretazione del Bonfante, dice il Berger, suppone nel compratore la scienza della derelizione fatta *a non domino*, « dato che il testo dice *sciens in ea causa esse* » (pag. 43, testo e nota 1). Ora la base della mia interpretazione è per l'appunto che la *res mancipi* sia stata derelitta dal *dominus* e le parole *sciens in ea causa esse* che Pomponio pronuncia rispetto a chi acquista dal primo possessore significano la scienza della derelizione operata.

b) Il Berger osserva: « Nel caso della L. 5 *pr.* è stata *evidentemente* derelitta una cosa *non a domino*..... Si obbietterà forse che il testo non dice che si tratti di una derelizione fatta da un *non dominus*. La colpa sta nella redazione del testo poco felice » (l. c., pag. 43). Il Berger cita in proposito, non so perchè, il Pacchioni (*Corso*, II, pag. 272). Avrebbe potuto far a meno di qualunque autorità, perchè *nel diritto giustinianeo* questa supposizione è necessaria, per quanto la corrispondenza tra le due ipotesi sfumi e il discorso del giureconsulto venga ad esser peggio che campato in aria. Ma evidentemente il testo genuino non parlava di acquisto *non a domino*.

c) Berger: « Pomponio..... colla parola « *possidebas* » mi pare abbia apertamente accennato alla *condicio usucapiendi* nel possessore-venditore, perchè altrimenti non avrebbe usato questa parola che segnala uno stato duraturo » (l. cit., pag. 43). Parole sfuggite all'egregio autore, perchè, oserei dire, sull'esempio di un nostro argutissimo scrittore, un uomo ridotto alla disperazione non sa più quello che si dica. *Possidere* significa tutto questo? In turco forse, direbbe un noto personaggio del *Bourgeois Gentilhomme*. « Oui, la langue turque est comme cela: elle dit beaucoup en peu de mots ». In lingua latina *possidere* significa possedere, dominare, e possiede anche il ladro.

d) Berger: « Se invece ammettiamo, seguendo il Bonfante, la derelizione di una *res mancipi* da parte del proprie-

tario con la seguente apprensione del venditore, il quale la usucapisce, come mai sarebbe potuto sorgere un dubbio circa la continuazione di una tale usucapione, se tutto va in ordine? ». La mia interpretazione è la risposta a questa strana domanda. Il dubbio nasce dal fatto che si sa di acquistare da chi non ha *in bonis* la cosa, e non è nemmeno in via di usucapirla, precisamente come chi acquista dal coniuge donatario sa di acquistare da colui che non è proprietario, e che non può usucapire. Di continuazione non è a discorrere, perchè il primo possessore non può usucapire, in quanto non sa della derelizione. Ma su questo punto debbo confessare che io stesso non mi ero apertamente dichiarato nel mio primo scritto (1).

13. Il Berger (pag. 44, nota 1) vuol confutare anche l'argomento che io traevo dal regime della *c. d. inf.*, nella quale il *missus in possessionem*, che pure non è immesso *ex secundo decreto* se non quando la cosa si reputa derelitta, nondimeno non ne diviene immediatamente proprietario, bensì è posto in condizione di usucapire. Ora anche a questo proposito le sue osservazioni sono in parte poco felici, in parte erronee. Secondo il Berger « la *missio ex secundo decreto*, la quale mette il *missus* nella possibilità di usucapire, vien concessa appunto perchè si presuppone che il proprietario della cosa minacciata non l'abbia derelitta ». Ora i testi accordano espressamente la *missio ex secundo decreto* quando il fondo è stato derelitto o in base al lungo silenzio si suppone che sia stato derelitto. Ma secondo il Berger il frammento 7, § 2, D., 39, 2, « sembra nella prima menzione del *derelinquere* interpolato e nella fine parla di un futuro *pro derelicto habere compelletur* ». Ora l'interpolazione, per cui l'autore si richiama alla sua precedente persecuzione della voce *derelinquere* è gratuita, e quanto al futuro della seconda parte, l'usucapione incomincia precisamente allorchè il futuro è divenuto un

(1) V. *Riv.* cit., pag. 137 (sopra pag. 337).

presente e un fatto, allorchè il vicino, messo alle strette tra il *tollere rudera* o il *totas aedes pro derelicto habere*, non fa la prima cosa e quindi si presume legittimamente che siasi deciso per la seconda alternativa.

La L. 15, § 21, secondo il Berger, « prende come punto di partenza non un'effettiva derelizione, ma uno stato che permette di supporre che il *dominus* abbia derelitto la cosa (*dominus videatur habuisse aedes pro derelicto*, non già *dominus habuerit p. d.*) ». Ora *videri* nella lingua latina e sovrattutto nel linguaggio de' giureconsulti romani indica piuttosto una constatazione, che non una supposizione. E anche ammessa la supposizione, essa è fatta dal pretore e quindi varrebbe come se la *derelictio* fosse reale.

La L. 19, § 1, D., 3, 5, conferma, a giudizio del Berger, la sua tesi, « tenendo conto della possibilità che una persona puntelli una casa altrui che minaccia rovina, malgrado che essa sia stata derelitta dal proprietario. Ciò non può esser spiegato altrimenti che col fatto che l'atto della derelizione non fosse stato tale da far credere indubbiamente che il proprietario *rem pro derelicto habuit* ». Ora il testo dice precisamente *dereliquerit... cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere*.

Del resto da tutto il sistema della *c. d. inf.* appare che l'alternativa era questa: o prestare la cauzione o abbandonare la cosa. È la posizione del proprietario nell'*actio noxalis*, è la sua posizione nelle *servitus oneris ferendi* quanto all'*onus parietis reficiendi*.

Quanto ai testi addotti per sostenere positivamente l'ammissibilità della occupazione di *res mancipi* derelitte con acquisto immediato, essi o sono innocui, o sono piuttosto atti a ribadire i miei risultati (1).

---

(1) La stessa L. 8, D., 41, 7, non dice che la schiava manomessa da Lucio Tizio acquistasse la cittadinanza romana: ora la manomissione con effetto di far conseguire la latinità può esser compiuta, anche da chi ha *in bonis* la cosa: d'altra parte nel nostro tema non sono da richiamare le decisioni influenzate dal *favor libertatis*.

I più appariscenti noi li abbiamo considerati nel nostro vecchio studio. Anche la L. 5, D., 42, 8, nuovamente addotta dal Berger come un grave argomento (pag. 40) « si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat » è essa pure completamente innocua, perchè non ci dice il modo e il momento del *suam facere*, apprensione o usucapione, e può anche esser stata soppressa la chiusa *vel statim vel diutius possidendo*: d'altra parte chi apprende la cosa la fa sua immediatamente secondo le norme del diritto pretorio, anche se si tratta di *res mancipi*, in quanto acquista l'*in bonis habere* e la difesa della *publiciana*. Credo poi pur sempre che il testo abbia un'efficacia favorevole in quanto Gaio di nuovo nei riguardi della frode dei creditori riassume la *derelictio* sotto il concetto dell'alienazione.

14. Il nostro concetto esplica la sua efficacia nello stesso diritto giustinianeo, anzi è curioso come in opposizione ad esso si sia messo innanzi che alcune manifestazioni del concetto sono da riferire a Giustiniano (il *qua ratione* di Gaio, la *donatio* di Giavoleno, ecc.), come se tuttociò che deriva da Giustiniano fosse un errore indegno di considerazione. Noi crediamo pertanto che nel diritto giustinianeo le cose immobili, che hanno sostituito le antiche *res mancipi*, si possano *derelinquere* bensì, ma non si acquistino dall'occupante se non mediante il decorso della prescrizione decennale o ventennale, che ha sostituito l'antica usucapione.

E a questo lume si spiega e il mantenimento dell'antico regime della *cautio damni infecti* e il singolare acquisto dell'*ager desertus* introdotto nei bassi tempi e riconosciuto da Giustiniano; nell'interesse della coltura si concede di acquistar la proprietà de' fonti abbandonati presso i confini a chicchessia mediante il solo possesso di due anni e, in certe condizioni, di sei mesi (1). Gli autori

(1) L. 8, Cod., 11, 59; L. 11, *eod.*

per conciliare le cose ritengono che gli *agri deserti* non si debbano intendere come *agri derelicti;* ma veramente il tenore de' testi fa supporre che si tratti di *agri derelicti* e alcuni autori lo confessano schiettamente. Ma perchè, se si tratta di agri derelitti, non si acquistano immediatamente? Nel nostro sistema non vi è imbarazzo di sorta. L'acquisto regolare sarebbe mediante la prescrizione decennale (anche nel diritto classico l'usucapione sarebbe stata inapplicabile nelle provincie): ed è una facilitazione notevole che veramente costituisce un nuovo modo di acquisto che si permetta di diventarne proprietari in due anni o sei mesi (1).

15. Contro questi risultati, in cui la logica e le fonti convergono ad un fine, scarso valore si può attribuire alle obbiezioni meramente dialettiche desunte dalla psicologia e da categorie che sono mere creazioni del nostro cervello, non del diritto positivo. L'intenzione del derelinquente, si osserva, è quella di abbandonare, non già di trasferire. Non vi ha dubbio; ma i Romani non fanno gran differenza tra le due intenzioni, come non fanno gran differenza tra alienazione e rinuncia: ciò che importa è che l'acquisto di un diritto avvenga senza lesione del diritto altrui, e la volontà che altri ha manifestato di rinunciare basta ad evitare questa lesione.

Ma a un tempo stesso questo rapporto tra il titolare precedente e il susseguente basta per costituire un modo di acquisto derivativo: l'aver costruito la successione a titolo singolare ha contribuito presso di noi a scavare un abisso tra i modi originari e derivativi, ripugnando

---

(1) Non altro che una torbida nozione di questo regime può vedersi nello scolio di Balsamone a una lettera di Gregorio il taumaturgo nell'anno 254, nel quale è richiesta l'usucapione per l'acquisto di qualunque *res derelicta a domino*, che l'autore dello scolio distingue con precisione di termini e di concetti dalle cose non propriamente derelitte. Vedi Rotondi, in *Atti della R. Acc. delle scienze di Torino*, vol. L, 1915, pag. 879 e seguenti.

dall'ammettere un modo derivativo, se la volontà del trasmittente non è diretta a una data persona. Tuttociò è esagerato o per lo meno non è romano. Non si dice del resto che la *derelictio-adprehensio* sia una figura di *traditio*, ma che sia una figura analoga alla *traditio*, come innegabilmente l'hanno considerata i giureconsulti romani: l'analogia è nell'essenza derivativa, la divergenza nella mancanza di una vera volontà di trasmettere, che i Romani per vero sarebbero disposti a fingere, ma che noi moderni, avvezzi agli acquisti *ex lege*, francamente confessiamo.

Anche l'usucapione è dai Romani considerata quasi per *fictio iuris* come un'alienazione: « vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi », dice Paolo, e Gaio la novera tra i modi di alienazione: cose notissime. Il vero è che tutto l'organismo del diritto esige praticamente che quando una cosa è stata già nel patrimonio del titolare, l'acquisto che altri ne faccia sia sempre in rapporto col patrimonio del titolare precedente, e giustificato e definito da questo rapporto.

16. Si osserva poi che con questa teoria si ammette che vi sia una *res nullius*, la quale non diventa proprietà del primo occupante. Ora di nuovo ripeto la mia osservazione: noi non dobbiamo tener presenti le nostre categorie concettuali, ma le categorie del diritto positivo, e presso i Romani vi erano bensì le *res nullius* occupabili da chicchessia, ma vi erano pure le *res nullius*, per le quali occorre il decorso dell'usucapione, come le *res hereditariae*, vi erano finalmente *res nullius*, le quali in nessun modo si acquistano da chicchessia e sono le *res sacrae*, *sanctae* e *religiosae*.

D'altra parte gli stessi avversari sono costretti a riconoscere che qui siamo in presenza di *res nullius* di una natura assai particolare. Si dice: « Non sembra affatto illogico di chiamare una cosa *res nullius*, sebbene gravata di diritti altrui, come il servo usufruttuario manomesso dal

dominus viene chiamato *servus sine domino* » (1). È sia pure: ma allora non sembri neppure illogico, che la *res derelicta* (la quale, d'altra parte, non è mai qualificata espressamente come *res nullius*), se è cosa d'interesse sociale, non divenga immediatamente proprietà del primo occupante. La simmetria del regime è senza dubbio nel nostro sistema più realmente, e non nominalmente, armonica e sana.

(1) BERGER, loc. cit., pag. 32.

IV.

Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione " in bonis habere „ (*).

1. Il diritto romano classico ci presenta una divisione celebre della proprietà espressa nei termini *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis esse* o *habere.* L'uno è, come il termine stesso dice, il dominio di diritto civile, l'altro è un rapporto di padronanza, che ha difesa assoluta dal Pretore. Teofilo (1) designa l'uno e l'altro rispettivamente con le forme dominio legittimo o *ex iure Quiritium* e dominio naturale o bonitario.

Il testo fondamentale per la concezione teorica e storica dell'*in bonis* è Gaio, II, 40-41: « Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

§ 41. « Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea re res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit,

---

(*) Dall'articolo *Sulla denominazione « in bonis habere »* in *Bullettino dell' Ist. di dir. rom.*, vol. VIII, 1895, pag. 296 e segg., con aggiunte e modificazioni desunte in larga parte dalla nota 2, pag. 197-199 dello scritto *Res mancipi e nec mancipi* (soppressa nella rielaborazione) e da due recensioni in *Riv. it. per le scienze giur.*, IX, 1890, pag. 97 e segg., e *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. III, 1890, pag. 311 e seguenti.

(1) THEOPH., *Paraphr.*, 1, 5, 4.

donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset » (1).

Diverse vie furono tentate per ispiegare l'origine e la natura dell'*in bonis esse* o *habere*. Prima della scoperta di Gaio dell'istituto non si aveva notizia se non da Ulp., *Fragm.*, I, 16, che ne accenna in tema di manomissioni, e dal citato Teofilo, il quale con la sua terminologia apriva libero varco ai sogni. Un'antica teoria, proposta dal Vico e rinnovata dallo Schrader e dal Niebuhr, riannodava la divisione de' due dominî alla divisione politica dei patrizî e dei plebei. Il Conradi ritenne come dominio bonitario il dominio proprio delle *res nec mancipi*. Ma queste opinioni — che in sè non avrebbero niente d'inverosimile — non reggono innanzi alla nuova e ricca fonte, Gaio. L'*in bonis habere* è uno sviluppo secondario: *olim unum erat dominium*. L'*in bonis habere* è normalmente, se non esclusivamente, costituito appunto sulle *res mancipi*.

Dottrina antica pur essa è quella sostenuta da gravi romanisti tedeschi che il dominio bonitario abbia origine dal diritto dei peregrini e debba essere concepito come un *dominium iuris gentium* (2) o un dominio naturale, come dice Teofilo: e gli scrittori, che mantengono l'efficacia diversa dei modi d'acquisto *ex iure civili* e dei modi d'acquisto *ex iure gentium vel naturali*, ricollegano insieme la partizione dei modi d'acquisto e del dominio, indotti dall'apparente rispondenza schematica fra l'atto e il rapporto. Ma fu fatta di questa dottrina una larga confutazione, dimostrando come tutta la teoria dell'*in bonis habere*, nei suoi presupposti storici e giuridici, è di puro diritto romano: il dominio

---

(1) Cfr. anche Gai., I, 54: « Ceterum cum apud cives romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), etc. ».

(2) Cfr. Vangerow, *Pand.*, 7ª ediz., I, § 295, pag. 540, n. 2.

dei peregrini è tutt'altra cosa (1). E per vero nemmeno l'astrazione giuridica dell'età imperiale pervenne mai a concepire l'*in bonis habere* come un *dominium iuris gentium*.

Altri dicono semplicemente che l'*in bonis habere* è una proprietà nazionale secondaria, creata dal Pretore e sôrta originariamente per la necessità di garantire le alienazioni di *res mancipi* compiute mediante la semplice tradizione. Tal è il sistema disegnato dal Burchardi, dal Walter, tale è il sistema svolto dal Ribéreau, dal Lanéry d'Arc e accolto dall'Appleton, nella sua vasta opera sulla storia della proprietà pretoria e dell'azione publiciana.

Ma il *ius gentium* rimane assolutamente fuori nello svolgimento di questa proprietà pretoria? *Ius gentium* e *ius honorarium* non sono due idee strettamente connesse? Certo: l'impulso al riconoscimento di una proprietà così libera nei modi di costituzione può esser derivato dalle relazioni coi peregrini, come l'impulso alla creazione della *stipulatio iuris gentium* (2): ma nel caso nostro, come in molti altri, esso ha dato origini ad un istituto prettamente romano e ad uso dei Romani.

Quanto al giudizio sull'istituzione oserei dire che è questo uno dei casi, in cui la reazione al sistema del diritto civile fu troppo grave e lo sviluppo in parte dannoso. Il *minimum* richiesto dal diritto pretorio per il trapasso di una *res mancipi* è troppo poco, poichè cotesto *minimum* è la negazione di qualunque forma, è quello stesso atto nudo, tutto individuale, che il diritto civile riconosce come sufficiente e abilita a fondare la proprietà negli oggetti che meno interessano il corpo sociale.

Un paragone, che illumina la posizione, è la duplice forma di libertà degli schiavi manomessi; il quale esempio nello sviluppo storico è parallelo alla duplice forma di

(1) Cfr. in ispecial modo Ribéreau, *Théorie de l'« in bonis habere »*, Paris 1867; Lanéry d'Arc, *Histoire de la propriété prétorienne à Rome*, Paris 1888.

(2) Cfr. Gai., III, 92 e 93.

proprietà. Anche per le manomissioni occorreva in origine una forma solenne, nè alla nuda volontà individuale del proprietario si aveva riguardo: « qui *domini voluntate* in libertate erant manebant servi » (1). La tutela pretoria comincia a garentire a questi servi una libertà, che di fronte al diritto civile era meramente libertà di fatto: e la *lex Iunia Norbana* interviene a regolare e fissare in perpetuo la loro posizione. In un atto privato, che crea un cittadino, l'interesse dello Stato e l'esigenza di una garentia sociale appare evidente e si manifestò vivace sì nei limiti imposti alle manomissioni, sì nei limiti e nel regolamento legislativo di questa libertà speciale: ma il *favor libertatis* soverchiò le preoccupazioni sociali.

2. Dalle parole di Gaio, II, 41, parrebbe di poter desumere (e tale è, più che l'opinione dominante, il pensiero universale, anche se non espressamente formulato) che il caso originario e tipico dell'*in bonis* sia precisamente quello della *res mancipi* alienata mediante la semplice tradizione, ed egualmente si dice talora, o si pensa, che l'*in bonis habere* ha luogo unicamente sulle *res mancipi*.

Si può dubitare tuttavia della verità di questo asserto o di questo pensiero e giova indagare bene la cosa, perchè, anche indipendentemente dalla soluzione della piccola controversia storica, l'indagine può aprire lo spiraglio a stabilire l'autonomia dell'*in bonis* di fronte alla *possessio bonae fidei* e a intendere la nozione della *iusta causa* romana.

Dalle fonti ricaviamo i seguenti casi di applicazione dell'*in bonis*.

1° *Bonorum possessio:* Gai., III, 80; IV, 34;

2° *Bonorum emptio:* Gai., III, 80; IV, 35;

3° *Ductio servi ex noxali causa:* L. 2, § 1 in fine, D., 2, 19; L. 26, § 6, D., 9, 4 (*dominii adquisitione* interpol. ?). Cfr. anche L. 6, D., 6, 2;

---

(1) Fr. Dos., 5; Gai., III, 56.

4° *Missio damni infecti nomine ex secundo decreto*, L. 5, § 16, D., 39, 2 (interpol. *dominus?*); L. 18, § 15, D. *ibid.* Nei testi e nell'Editto stesso del Pretore il rapporto è designato come *possessio;* L. 7 pr., D., 39, 2 e tit. 39, 2, *passim;* talvolta, ma in testi assai dubbî (v. in seguito), il titolare è detto *dominus:* L. 15, §§ 16-17, D., 39, 2. Si esige a ogni modo nello stesso diritto giustinianeo l'usucapione per acquistare il diritto pieno; L. 5 pr., D., 39, 2; L. 15, § 16, D., 39, 2; L. 18, § 15, *ibid.* (1);

5° Rami o alberi tagliati nel fondo del vicino dietro permesso del Pretore (Festus, v. *sublucatio arborum:* L. 1 pr., D., 43, 27; § 7, *ibid.* (*sibi habere licere*);

6° *Addictio bonorum libertatum conservandarum causa:* L. 4, § 21, D., 40, 5 (Assimilazione al *b. p.*);

7° Restituzione fedecommissaria *ex Trebelliano:* L. 65 (63) pr., D., 36, 1; L. 24, § 1, D., 10, 2;

8° *Adiudicatio* nei *iudicia imperio continentia:* Arg. Fr. Vat. 47; L. 7, D., 6, 2; L. 24, § 1, D., 10, 2; L. 44, § 1, *ibid.;*

9° *Res mancipi* alienata senza uso delle forme solenni: Gai., II, 41 (lacunoso è II, 26); Ulp., *Reg.*, I, 16.

Figura anormale: Giuramento decisorio: L. 11, § 1, D., 12, 2; L. 7, § 7, D., 6, 2.

Alcune di queste ipotesi (*ex senatusconsulto Trebelliano, addictio bonorum*) sono certamente posteriori al riconoscimento dell'*in bonis* sulla *res mancipi* tradita; ma la maggior parte dei casi enunciati potrebbe essere anche anteriore, e alcuni, come la *bonorum possessio*, hanno anche un'applicazione non meno vasta e fondamentale. Inoltre nella serie complessiva delle ipotesi, salvo l'unica relativa alle *res mancipi*, la *iusta causa*, non designa punto un rapporto giuridico messo in essere tra le parti, bensì un rapporto giuridico costituito dall'autorità pubblica. È la consueta applica-

(1) Probabilmente ciò si giustifica e si accomoda anche col diritto giustinianeo, perchè si tratta di cose immobili derelitte (vedi sopra, pag. 366 e segg.).

zione che il Pretore fa della *causa* o *iusta causa* anche in altri campi, per esempio, nell'Editto della *restitutio in integrum:* « si qua alia *iusta causa* esse videbitur, in integrum restituam » (1). I giureconsulti romani l'hanno anche espressamente notato a proposito della *missio in possessionem damni infecti causa:* essi insistono che quest'alienazione non è volontaria, soggiungendo che avviene di autorità del magistrato: « non ex tutoris (vel curatoris) voluntate id fit, sed ex magistratuum auctoritate » (2). Il Pretore adunque protegge certamente, da tempo assai remoto, anteriore all'età ciceroniana, la *possessio ex iusta causa* in generale. L'esempio della *res mancipi* tradita ha tuttavia due grandissimi pregi pei fini didattici di Gaio: quello di essere il più semplice e quello di essere il paradimma dell'Editto publiciano.

3. Si disputa circa l'azione costituita a difesa dell'*in bonis*. Il Mayer e il Vangerow invocano la *formula petitoria*, traendo argomento dalla supposta mancanza della invocazione *ex iure Quiritium* nella *intentio* di questo tipo della *r. v.* (3); ma la supposizione non è esatta (4). L'Unterholzner ammise una *vindicatio ficticia*, basata sulla finzione della *mancipatio;* fu seguìto dallo Schilling, dal Mackeldey e dal Mühlenbruch e presso di noi dal Brezzo (5). Altri pensano ad una *r. v. utilis*. L'opinione dominante è tuttavia per la ***Publiciana;*** e in suo favore si adducono varî argomenti, sia d'ordine generale, come la economia dei mezzi giuridici e lo sviluppo dell'*in bonis* dal grembo del possesso di b. f., sia d'ordine positivo, come il fatto che per le servitù

---

(1) L. 1, § 1, D., 4, 6.

(2) L. 3, § 1, D., 27, 9. Cfr. anche L. 1 pr., D., 23, 5.

(3) Gai., IV, 32.

(4) Cfr. Cic., *in Verr.*, II, 12; Gai., IV, 34, 41; Front., ed. Lachmann, pag. 44, l. 8.

(5) Brezzo, *Rei vind. utilis*, Torino 1889, pag. 55; *Arch. giuridico*, vol. XLIII, 1889, pag. 231 e seguenti.

costituite *tuitione praetoris* (rapporto parallelo all'*in bonis habere*) è accordata la *Publiciana* (1).

Quest'ultima opinione è fino ad un certo segno la più fondata, ma gli argomenti addotti comunemente non reggono. L'economia dei mezzi giuridici è un dubbio canone, massime in tema di azioni, l'*in bonis habere* non è propriamente uscito dal grembo del possesso di buona fede, anzi esso ha, se si considerano specialmente le cause di autorità pubblica, le vere *iustae causae* un riconoscimento autonomo come diritto di fronte al possesso di buona fede, e forse anteriore a questo: finalmente la L. 11 pr., D., 6, 2, è senza dubbio interpolata.

Ma i presupposti per l'esperimento della Publiciana, che è fondata sulla *possessio ad usucapionem*, concorrono precisamente nell'*in bonis* e la Publiciana è ricordata espressamente in figure piuttosto numerose di *in bonis:* la *ductio noxalis* (L. 6, D., 6, 2), l'*adiudicatio*, che dal punto di vista del diritto classico si deve intendere intervenuta in un *iudicium imperio continens* (L. 7 pr., *ibid.*), la *missio in possessionem ex secundo decreto d. i. n.* (L. 18, § 15, D., 39, 5) (2), e in altri casi ancora (L. 12 pr., D., 6, 2; L. 57, D., 17, 1; L. 31, § 2, D., 19, 1; L. 39, § 1, D., 21, 2; L. 4, § 32, D., 44, 4). Certamente però non è da stabilire con soverchia rigidezza che questa e non altra dovesse esser l'azione a difesa dell'*in bonis*, mentre l'importanza e la particolarità del rapporto potevano talvolta di preferenza ammettere una diversa difesa: il *bonorum possessor* agisce *ficto se herede*, cioè con un'altra finzione (3), similmente il *bonorum emptor* (4), e dobbiamo supporre che si possa agire con la stessa formula anche nella *restitutio ex Trebelliano*, e nell'*addictio bonorum*, istituti assimilati alla *bonorum possessio*, cioè in tutte le cosiddette

(1) L. 11 pr., D., 6, 2.

(2) Nella L. 7, § 9, D., 10, 3, è accordata per la *possessio d. i. n.* la *vindicatio:* ma il testo, nel complesso insensato, è senza dubbio interpolato.

(3) Gai., IV, 34.

(4) Gai., IV, 35.

successioni universali di fonte pretoria. Anche nell'*adiudicatio* che interviene in un *iudicium imperio continens* potrebbe ritenersi che l'esperimento della *Publiciana* non fosse di rigore, poichè non sembra che alludano ad essa le dichiarazioni generiche della garanzia ricordate altra volta (1). Lo studio dell'Editto publiciano può dirci più chiaramente qual sia la vera posizione delle cose.

4. Sul riconoscimento dell'*in bonis* come figura di proprietà sembra che non si possa aver dubbio. Nondimeno anche questo fu contestato dallo Zimmern (2), che intese ridurre i due dominî al *plenum ius* e al *nudum ius Quiritium*. Il concetto è poco attendibile in questi termini: ma il punto merita un'indagine, perchè l'opinione dominante non riflette schiettamente il pensiero dei Romani.

Di fronte al *ius civile* l'*in bonis habere* è mera *possessio*, sia pur *plena possessio* (3): il Pretore, che schiva i termini dell'*ius civile*, non lo chiama altrimenti che coi termini *possessio, possidere:* così nella *bonorum possessio*, così nell'Editto relativo alla *c. d. inf.* Tuttavia *dominium* non ha il senso preciso, tecnico, giuridicamente limitato, che hanno *hereditas*, *obligatio*, *contractus*, e se Gaio pone una distinzione di due specie di dominî, parla di un *duplex dominium*, par certo che non possa alludere con uno dei membri se non all'*in bonis*. L'altro membro sarebbe il dominio *ex iure Quiritium*, il quale però è *plenum ius* e vero dominio se congiunto all'*in bonis*, è *nudum ius Quiritium* e appena dominio formale, se spoglio dell'*in bonis*. Varrone, discorrendo dei modi civili di acquisto dello schiavo, parla di un *dominium legitimum*, il che parrebbe alludere all'esistenza di un *dominium* egualmente *iustum*, ma non *legitimum:* la voce *legitimus*, infatti, non ha mai nelle antiche fonti il senso generale che ha presso

(1) L. 44, § 1, D., 10, 2.

(2) ZIMMERN, *Rhein. Mus.*, III, 19.

(3) GAI., II, 26: passo lacunoso, ma certamente relativo all'*in bonis*.

di noi, nè implica l'antitesi con qualcosa di illecito e fuori del diritto. Teofilo, infine, se non ci affida menomamente co' suoi termini bonitario o naturale, non ha inventato di sana pianta il concetto del dominio applicato all'*in bonis*.

Ma si può in contrario osservare che anche nel linguaggio dei giureconsulti il termine *dominium* è costantemente schivato e nella stessa generale partizione Gaio adopera sempre la terminologia dell'*in bonis* per designare il nostro rapporto, parla di una *divisio* del dominio, che un tempo era *unum*. Grave è per vero l'accenno preciso al *duplex dominium*. Ma in generale, come si può forse arguire dal complesso, il suo pensiero non è che sia stata costituita una distinzione tra due specie di dominio, ma che il concetto unitario del dominio sia stato frazionato nel senso di distribuire le utilità tra due soggetti. È in questo senso che i Romani chiamano anche l'usufrutto *pars dominii*: l'usufrutto per vero venne a sottrarre al proprietario per la prima volta ciò che apparteneva normalmente all'essenza del dominio: ma essi non hanno mai detto d'altra parte che l'usufrutto sia una forma di dominio. Le voci *possessio*, *ususfructus*, *possidere*, *uti*, *frui* sono sempre adoperate in antitesi al *dominium*. I testi delle Pandette, in cui compare *dominus*, *dominium*, *iure dominii* nell'ipotesi di *in bonis habere*, appaiono tutti quanti interpolati. Quelle parole o sono sostituite a *possessio*, *possessor* o sono, evidentemente, inopportuni incastri (1). Infine, se Teofilo

---

(1) Cfr. L. 7, § 1, D., 7, 1; L. 26, § 6, D., 9, 4; L. 5, D., 10, 3; L. 14, § 1, D., 11, 7; L. 1 pr., D., 23, 5; L. 1, D., 37, 1; L. 15, §§ 16-17 e § 33, D., 39, 2; L. 47, D., 47, 2 (Cfr. ora su questo testo BIONDI, *Az. divisorie*, pag. 13.) L'interpolazione ha una ragione ben ovvia in tema di *ductio noxalis* o di *bonorum possessio*, che ormai generano veramente dominio: ma per quel che concerne il caso più frequente, la *missio in poss. damni infecti nomine* l'aggiunta o la sostituzione *dominus*, *iure dominii* posson parere anche più stonate nello stesso diritto giustinianeo, in quanto questo esige pur sempre l'usucapione e per giunta non conosce l'*in bonis*. Io suppongo che i compilatori abbiano dovuto procedervi, perchè il semplice *possidere*, specialmente come designa-

non inventa del suo, egli può tuttavia ben desumere la terminologia del *dominium*, come fa certamente per le qualifiche di naturale o bonitario, dall'uso post-classico, nel quale si prende a chiamare *dominium* anche il diritto sui fondi provinciali (1), che i giureconsulti classici designano sempre rigorosamente coi termini della *possessio*.

Ma i diritti concessi al cosiddetto dominio bonitario esauriscono con un'interezza che pare studiata, specialmente là dove Gaio lo pone a raffronto col possesso di buona fede e coll'usufrutto, tutte le facoltà patrimoniali, tutto il pieno godimento e la disposizione effettiva della cosa.

I. Facoltà di manomettere lo schiavo (concedendo la latinità): Gai., I, 35; Ulp., *Reg.*, I, 16; Fr. Dos., 9;

II. Potestà sullo schiavo: Gai., II, 54; III, 156;

III. *Bonorum possessio* nell'eredità del latino: Gai., I, 35; I, 167; III, 56; III, 68 (lacunoso);

IV. Acquisti dello schiavo *ex omni causa:* Gai., II, 88; Ulp., XIX, 20;

V. Diritto alla *c. d. i.*, L. 18 pr., D., 39, 2;

VI. Diritto di pignorare la cosa: L. 15, § 1, D., 20; Gai., II, 196; Ulp., *Reg.*, XXIV, 11.

Restano esclusi unicamente i diritti extrapatrimoniali o prettamente formali (tutela, facoltà di legare *per vindicationem:* Gai., II, 196; Ulp., *Reg.*, XXIV, 11). Colui che ha il *nudum ius Quiritium* serba la tutela sullo schiavo liberato (Gai., I, 167; Ulp., *Reg.*, I, 19), la facoltà di rendere cittadino romano e proprio liberto il latino, sia mediante la *iteratio manumissionis*, sia anche mediante i modi legali di acquisto della cittadinanza romana (Gai., II, 35); ma è caratteristica la preoccupazione con cui pur sempre si nota che la *bonorum*

---

zione di un rapporto, che serba il suo carattere assoluto, è per loro un termine troppo scolorito e mal si distingue ormai dall'*in possessione esse*. Vedi in seguito lo studio: *Il punto di partenza nella teoria del possesso*.

(1) Cfr. i due rescritti dioclezianei nei *Fragm. Vat.*, 315 e 316.

possessio in qualunque caso spetta pur sempre a chi abbia *in bonis* lo schiavo.

La potestà sullo schiavo è negata a chi ha il *nudum ius Quiritium* (Gai., I, 54), gli acquisti mediante lo schiavo gli sono totalmente rifiutati per qualunque causa (Gai., I, 35).

Lo stesso valore, per così dire, sostanziale, ha la terminologia così studiatamente serbata al nostro istituto nelle fonti pregiustinianee.

Se il rapporto garentito dal Pretore è denominato in Teofilo dominio naturale o bonitario, nelle Istituzioni di Gaio e nelle Regole di Ulpiano esso è però sempre designato colle perifrasi *in bonis habere* o *in bonis esse*, aventi per oggetto o soggetto *la cosa*. Queste perifrasi per la loro più schietta derivazione classica e per il fatto ch'esse non preoccupano la questione se tal rapporto fosse o non fosse riconosciuto come dominio dai Romani sono in generale preferite dai moderni. A voler fissare nel modo più chiaro la concezione teorica dell'istituto pretorio e dissipare gli equivoci che sorgono circa l'interpretazione di alcuni testi, mi pare utile istituire sulla base delle fonti la ricerca se la perifrasi *in bonis esse* o *habere* fosse veramente la denominazione tecnica dell'istituto, sicchè debba, almeno di preferenza, richiamar subito alla mente l'immagine di esso; e in qualunque modo, sia o non sia tale, che cosa esprima e che cosa se n'abbia a indurre per la natura dell'*in bonis*.

Bona è nelle fonti classiche il termine più usuale per denotare il patrimonio, cioè un complesso di diritti pertinenti a un subbietto o destinati a uno scopo: le obbligazioni passive non ne fanno parte, ma si deducono (1).

---

(1) Cfr. L. 39, § 1, D. *de v. s.*, 50, 16: « Bona intelleguntur cuiusque *quae deducto aere alieno supersunt* »; L. 83, *ibid:* « Proprie bona dici non possunt quae plus incommodi quam commodi habent ». Del resto ciò è chiaro da tutti i testi relativi all'*in bonis*. Cfr. specialmente L. 2, § 1, D. *de c. b.*, 37, 6; L. 11, § 3, *ad L. Falc.*, 35, 2.

Nella *bonorum possessio* s'avverte espressamente che i *bona* sono al proposito intesi in un senso più ampio. Cfr. L. 3 pr., D. *de b. p.*, 37, 1

Per conseguenza *in bonis esse* o *habere* dovrebbe significare semplicemente « far parte del patrimonio, esser compreso nei beni »; in altri termini dovrebbe esprimere che alcuno ha un diritto o un complesso di diritti patrimoniali. Reciprocamente *in bonis non esse*, *non habere*, dovrebbe significare che non si ha la spettanza giuridica di un diritto o di un complesso di diritti.

Questa intuitiva significazione risulta veramente dalle fonti. Io le raccolgo, distinguendo i testi generali da quelli indicanti la spettanza di un diritto determinato e separando quelli in cui l'uso del termine *in bonis* può essere provocato dalle parole di una legge, di un Editto o di una formula (1).

Cominciando dai testi, ove in *bonis esse* o *habere* esprime la spettanza di diritti indeterminati o di un complesso di diritti a un subbietto, abbiamo il seguente, in cui l'uso di tale espressione è in rapporto colla formula *Serviana* o *quasi Serviana*, che certamente la conteneva (2): D., L. 34, § 2, *de pign.*, 20, 1 (Scaev.).

I seguenti sono relativi alle varie collazioni (3): D., L. 1, § 11, *de coll. bon.*, 37, 6 (Ulp.); L. 1, § 12, *ibid.* (Ulp.); L. 2, § 1, *ibid.* (Paul.); L. 3, § 2, *ibid.* (Iul.); L. 4, *ibid.* (Africanus) (la dote profettizia non è *in bonis* del padre, ma della donna): L. 1, § 9, *de coll. dotis*, 37, 7 (Ulp.) (idem); C., L. 6, *de coll.*, 6, 20 (Gordian.).

I seguenti si riferiscono al computo della *quarta Falcidia* o della *quarta Pegasiana* o alla restituzione fedecom-

---

(*hic, in hoc loco*) [Il testo è probabilmente interpolato per ricomprendere i debiti nel patrimonio, nella cosiddetta *universitas* in tema di eredità: e interpolato è anche il *proprie* nella L. 83, D., 50, 16, citato. V. *Scritti giuridici varî*, vol. I, pag. 254 e segg., 299 e segg.].

Il termine post-classico e giustinianeo invece di *bona* è *substantia*.

(1) Prescindo naturalmente dai testi nei quali *in bonis* vuol significare sui beni, relativamente ai beni, ecc.

(2) Cfr. Lenel, *Das Edictum perp.*, § 267.

(3) L'Editto relativo alla *collatio bonorum* conteneva anch'esso l'espressione *in bonis*: Lenel, *Das Edictum perp.*, § 144.

missaria in genere (1): D., L. 11, § 3, *ad Leg. Falc.*, 35, 2 (Pap.); L. 15, § 5, *ibid.* (Pap.) (gli oggetti donati non sono *in bonis* del coniuge donatario); L. 52 pr., *ibid.* (Marcian.); L. 73, § 1, *ibid.* (Gaius); L. 73, § 5, *ibid.* (Gaius); L. 88, § 3, *ibid.* (Africanus); L. 1, § 3, *Si cui plus*, 35, 3 (Marcellus in Ulp.); L. 1, § 17, *ad S. C. Treb.*, 36, 1 (Ulp.); L. 1, § 21, *ibid.* (Iul. in Ulp.); L. 34 (33) *ibid.* (Celsus in Marcian.); L. 80 (78), § 9, *ibid.* (Scaev.); L. 80 (78), § 16, *ibid.* (Scaev.).

I seguenti agli Editti *De bonis libertorum* o *Quibus ex causis in possessionem eatur* o *De bonis possidendis seu vendundis* (2): D., L. 3, § 20, *de b. lib.*, 38, 2 (Ulp.); L. 6, § 2, *de reb. auct. iud. poss. s. vend.*, 42, 5 (Scaev. in Paul.); L. 28, *ibid.* in fine (Iavolenus) (in precedenza è detto, con uso affine: « cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint »); L. 49, *de v. s.*, 50, 16 (Ulp.); L. 190, *de r. i.*, 50, 17 (Cels.).

In riguardi varî e indipendenti da formule edittali o altro si usa la frase nei testi seguenti: Fr. Vat., 115 (Paul.); Inst. pr., *Quib. non est perm.*, II, 12, testo, secondo il Ferrini, desunto presumibilmente dal lacunoso passo di Gaio, II, 111 (il peculio appartiene al *pater familias* o al padrone); D., L. 75, *de i. d.*, 23, 3 (Tryphoninus: la dote appartiene giuridicamente e patrimonialmente al marito (*in bonis*), socialmente, con alcuni effetti giuridici, alla donna (*mulieris est*) (3); L. 4, *de conf. tut. vel cur.*, 26, 3 (Paul.) (4); L. 18, § 1, *de test. mil.*, 29, 1 (Tryphoninus); L. 1, *de usu et usufr. leg.*, 33, 2 (Paul.); L. 2, § 2, *de pollic.*, 50, 12 (Ulp.).

---

(1) Dai passi della legge Falcidia o del Senatoconsulto Trebelliano, quali ci son conservati, non risulta che vi si adoperasse precisamente l'espressione *in bonis*.

(2) Lenel, *Ed. perp.*, §§ 150, 202 e segg.; § 213 e seguenti.

(3) V. tuttavia per l'equivalenza sostanziale delle due espressioni la L. 4, D. *de b. coll.*, 37, 6, cit., di Africano: « *non sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur*, ita et in patris, a quo sit profecta ».

(4) [Il Mancaleoni, *Studî per Fadda*, Napoli 1906, vol. V, pag. 103, reputa interpolato l'inciso « et extra ea nihil in bonis habeat pupillus » e certamente l'*ea* è campato in aria].

C., L. 1 pr., *Comm. de man.*, 7, 15 (Iustinianus).

Nei seguenti testi la stessa frase esprime la spettanza di un'azione, o di un'obbligazione, con riguardo al computo della Falcidia nei primi tre: D., L. 32 pr., *ad L. Falc.*, 35, 2 (Maecian.) (poenales actiones, sive legitimae, sive honorariae... in bonis actoris computandae sunt); L. 62 pr., *ibid.* (Ulp.) (1); L. 63, § 1, *ibid.* (Paul.) (2); L. 78, § 3, *de leg.*, 31 (Pap.); L. 28, *de iniur.*, 47, 10 (Ulp.).

Un mero diritto di aspettativa *extra nostra bona est:* D., L. 42, *de a. r. d.*, 41, 1 (Paul.) (3).

Sembra naturale pertanto che *in bonis esse* o *habere* debba anche poter esprimere che il subbietto ha un diritto di proprietà. E poichè i Romani usano dire in questo caso che il subbietto ha la cosa o che la cosa è sua (4), è anche naturale che si dica all'uopo colla presente frase ch'egli *rem in bonis habet* ovvero *res in bonis eius est.*

Così di nuovo, a proposito della *formula Serviana* o *quasi Serviana*, per dire che è necessaria la proprietà del debitore: D., L. 3 pr., *de pign.*, 20, 1 (Pap.); L. 9 pr., *ibid.* (Gaius); L. 15, § 1, *ibid.* (Gaius); L. 34, § 2, *ibid.* (Scaev.); L. 4, *Quae res pign.*, 20, 3 (Paul.); L. 9, § 3, *Qui potior.*, 20, 4 (Africanus); L. 11, § 3, *ibid.* (Gaius); L. 8, § 12, *Q. m. pign.*, 20, 5 (Marcian.); L. 1, § 15, *de migr.*, 43, 32 (Ulp.) (*res in bonis* è contrapposto a *res aliena*); C., L. 5, *Si al. res*, 8, 15 (16) (Diocl.); L. 6, *ibid.* (Dioclez.).

Circa l'*actio Pauliana* o l'*interdictum fraudatorium* (5): Inst., § 6, *de act.*, IV, 6, passo, secondo il Ferrini, desunto

(1) Veramente: « in utrius bonis *computari oporteat id quod debetur* ».

(2) Veramente: « tantum habet in bonis (il creditore di un debitore non solvente) *quantum exigere potest* ».

(3) Cfr. lo stesso Paolo in L. 1, D. *de usu et usufr. leg.*, 33, 2.

(4) Espressione naturalissima e non criticabile, poichè, quando si voglia significare il diritto dal lato della pertinenza, è necessario così esprimersi riguardo alla proprietà, che rappresenta la signoria della cosa in senso pieno, non ristretta ad una particolare utilità.

(5) *In bonis* era nel testo del così detto *interdictum fraudatorium.* Che fosse nella formula dell'azione risulta dal passo delle Istituzioni

forse da Marciano (per il testo della formula della Pauliana); D., L. 25, § 4, *Quae in fr.*, 42, 8 (Venuleius).

Per il computo della Falcidia: D., L. 18 (19), § 1, *de reb. dub.*, 34, 5 (Marcian.); L. 15, § 5, *ad Leg. Falc.*, 35, 2 (Pap.); L. 30, § 5, *ibid.* (Marcian.); L. 52 pr., *ibid.* (Marcellus); L. 56, § 3, *ibid.* (Marcellus); L. 62, § 1, *ibid.* (Ulp.); L. 87 pr. e § 1, *ibid.* (Iul.).

A proposito di legati, ed evidentemente anche qui, come risulta dal contesto, senza riguardo esclusivo al rapporto pretorio: D., L. 12 pr., *de leg.*, 31 (Paul.); L. 49, § 3, *ibid.* (Paul. [o Proculus in Paul. o forse interpol.]); L. 88 (90), § 12, *ibid.* (Scaev.).

In altri riguardi, come, per es., a proposito dei momenti e degli effetti della compravendita (per es. il pagamento del prezzo o la *satisfactio*), o della capacità di alienare, a proposito della *cautio damni infecti* o dell'*actio furti* o azioni similari, per dire che non competono solamente al proprietario, ma altresì a colui che sostiene il *periculum* dell'oggetto, o a colui che vi ha interesse, a proposito dell'*actio vi bonorum raptorum*, per dire similmente che non spetta solo a chi è proprietario, ma a chiunque abbia la cosa *tra i proprî beni* (ex bonis), cioè la detenga, a proposito di cose profane che spettano al alcuno in antitesi alle *res sacrae*, *religiosae* che *nullius in bonis sunt*, etc. Cons. Vet. Iurec., 6, 3 (« si eas dum vixit in bonis suis habuit, aut eius iuri vel dominio competebant, aut si lite contestata de hac luce migraverit »; secondo lo stile prolisso e gonfio di questa collezione di pareri); D., L. 32, *de her. pet.*, 5, 3 (Paul.); L. 9, *de resc. vend.*, 18, 5 (Scaev.); L. 16, § 2, *de evict.*, 21, 2 (Pomp.) (1); L. 10 pr., *de cur. fur.*, 27, 10 (Ulp.); L. 18 pr., *de*

---

e ve lo restituisce effettivamente il Huschke; il Lenel lo rigetta, ma, parmi, senza buon fondamento: *Ed. perp.*, § 225 [Così anche *Ed. perp.*, 2ª ediz., pag. 425 e 426. Ma l'argomento desunto dal carattere non civile della finzione è forse indebolito dalla stessa nostra dimostrazione e quello desunto da Theoph. ad § 6, I, 4, 6, è anch'esso dubbio, perchè Teofilo non designa lo stesso *in bonis esse* altrimenti che come δεσποτεία].

(1) Su questo testo, v. Lenel, *Palingenesia*, Pomponius, 559.

damno inf., 39, 2 (Paul.); L. 5, § 2, *Qui et a quib.*, 40, 9 (Iul.); L. 38, § 2, *de lib. causa*, 40, 12 (Paul.); L. 5 pr., *Pro der.*, 41, 7 (Pomp.); L. 12, § 2, *de furt.*, 47, 2 (Ulp.); L. 1, § 10, *Si is qui test.*, 47, 4 (Ulp.); L. 2, § 22; § 25, *Vi b. r.*, 47, 8 (Ulp.) (si oppone l'*in bonis* anche alla *possessio bonae fidei*), dal qual testo è desunto il § 2, *Vi b. r.*, IV, 2; L. 2, *de sep. viol.*, 47, 12 (Cels. in Ulp.); L. 190, *de r. i.*, 50, 17 (Cels.).

Non di rado negli stessi testi citati *rem in bonis esse* o *habere* si scambia colle designazioni del dominio più familiari a noi: *rem suam esse* o *rem esse alicuius* o *rem pertinere ad aliquem:* L. 3 pr., *de pign.*, 20, 1 (Pap.); L. 11, § 3, *Qui potior.*, 20, 4 (Gaius); L. 16, § 2, *de evict.*, 21, 2 (Pomp.). Cfr. anche L. 23, *de prob.*, 22, 3 (Marcian.).

Si richiami altresì la nota formula *res nullius in bonis* a proposito delle *res divini iuris*, delle *res publicae*, delle *res hereditariae*, etc.; usata evidentemente a significare che su questi oggetti nessuno vanta un diritto patrimoniale, almeno attualmente. Similmente i figli non sono *de bonis suis*, perchè non vi si ha il dominio: L. 6, C. *Quae res pign.*, 8, 16 (17) (Diocl.). Si richiami finalmente la peregrina opposizione *ex bonis* adoperata a significare che non si ha il diritto di proprietà sull'oggetto, ma o un *ius in re aliena* o si tiene la cosa senza avervi alcun diritto, per es. in base a un mero rapporto di obbligazione: L. 1, *de usu et usufr.*, 33, 2 (Paul.) (1); L. 1, § 22, *Vi bon. rapt.*, 47, 8 (Ulp.); e finalmente la decisa opposizione colla *res aliena:* L. 1, § 5, *de migr.*, 43, 32 (Ulp.).

In bonis alicuius facere significa semplicemente *facere alicuius:* D., L. 16, § 2, *de evict.*, 21, 2 (Proculus in Pomp.); L. 65 (63), *ad S. C. Treb.*, 36, 1 (Gaius); C., L. 19, *de don. i. v. et u.*, 5, 16 (Diocl.).

Se ora prendiamo a considerare i testi in cui l'*in bonis* designa l'istituto pretorio, osserveremo questo: nei testi di

---

(1) Su questo testo v. PEROZZI, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VI, 1893, pag. 36 (*Fructus servitutis esse non potest* in fine).

Gaio e di Ulpiano la limitazione dell'*in bonis* all'istituto pretorio è sempre messa in rilievo dall'opposizione caratteristica col dominio *ex iure Quiritium*, sia questo un *plenum ius* o un *nudum ius Quiritium;* talora anche la designazione *in bonis* è, nel caso, determinata meglio dall'avverbio *tantum:* Gai., *Inst.*, I, 35, 54, 167; II, 40, 41, 88, 222; III, 80; Ulp., *Reg.*, I, 16; XXII, 8.

Pochi testi del Digesto alludono sicuramente all'*in bonis* pretorio; e in quei pochi testi che si trattasse dell'istituto pretorio si può rilevare solo dal rapporto. Essi sono: D., L. 2, § 1 in fine, *Si ex nox. c.*, 2, 9 (Paul.); L. 9, § 6, *Q. m. c.*, 4, 2 (Ulp.); L. 26 in fine, *de nox. act.*, 9, 4 (Paul.); L. 4, § 32, *de d. m.*, 44, 4 (Ulp.).

Da tutto ciò risulta che *in bonis* non era termine tecnico per designare l'istituto pretorio, bensì una frase, tanto dell'uso edittale, quanto del linguaggio comune dei giureconsulti, esprimente in ordine alle cose l'esser proprietario. Questa frase veniva adoperata a significar l'*in bonis* pretorio, ma in guisa che ciò riuscisse chiaro dalle relazioni del discorso.

Per conseguenza, quando la limitazione della frase al dominio bonitario non è fatta comunque manifesta, non si può restringerla a significar questo; ed è pertanto dubbia la relazione (intendiamo la *esclusiva* relazione) al dominio bonitario in alcuni testi, come la L. 52, *de a. r. d.*, 41, 1 (Mod.), la L. 190, *de r. i.*, 50, 17 (Cels.). L'espressione *in bonis esse* o *habere* sembra anche adoperata con una certa predilezione, dato il suo carattere comprensivo, allorchè si vuole indicare insieme così il dominio civile, come il pretorio; nei rapporti, in cui nel Digesto questo momento o requisito è stabilito, si esige bensì una pertinenza assoluta, ma pare che dovesse esser sempre indifferente nel diritto classico ch'essa fosse difesa dalla *r. v.* o da un'*actio honoraria:* si pensi che la maggior parte di essi, *actio Serviana*, *actio Pauliana*, etc., sono di fonte pretoria.

Ma l'uso di tale espressione, che equivale a *res mea est*, senza la consacrazione ufficiale e quasi religiosa *ex iure*

Quiritium e che in senso lato ricomprende il *dominium ex iure Quiritium*, fa manifesto che l'istituto pretorio veniva riconosciuto nella sostanza dai Romani come dominio. Nondimeno, benchè il carattere, il regime, la designazione perifrastica della pertinenza rispecchino il vero dominio, benchè *dominium* sia parola men tecnica e precisa che non *hereditas*, *obligatio*, *contractus*, non un solo esempio sicuro, fuor della generale divisione del dominio, si può addurre ch'essi l'abbiano nelle ipotesi concrete adoperata: anche là dove si poteva esser tentati di farlo, Gaio se ne astiene e i testi delle Pandette appaiono per pure ragioni logiche e linguistiche interpolati. Il giureconsulto classico, quando non usa *in bonis*, designa senz'altro il rapporto coi termini *possessio*, *plena possessio*, *possidere*. Come nella *possessio* provinciale, così anche nell'*in bonis* il termine civile *dominus* sembra, malgrado tutto, far la sua vera comparsa soltanto nell'epoca romano-ellenica.

5. Poche parole sopra una dottrina adombrata ripetutamente nella scienza romanistica moderna, sostenuta dal Brinz e svolta largamente dall'Appleton, la quale riassume nel concetto dell'*in bonis* e della proprietà pretoria anche il possesso di buona fede, e trova in questa riassunzione il motivo della comune difesa mediante l'azione Publiciana. I testi addotti per dimostrare questo risultato non fanno all'uopo. Alcuni (Mod., L. 52, D., 41, 1; Paul., L. 136, D., 50, 17; Cels., L. 190, D., 50, 17) sono piuttosto addotti per equivoco, giacchè nulla in essi rivela che la *possessio bonae fidei* sia ricompresa nell'*in bonis habere*, anzi la relazione con l'argomento (v. sopra) dimostra piuttosto il contrario. L'unica che può far impressione è la L. 49, D., 50, 16, di Ulpiano, la quale computa nell'*in bonis habere* anche i fondi posseduti in buona fede: ma essa vi computa anche i fondi superficiari e le azioni, sicchè è chiaro che *in bonis* viene assunto nel testo in quella generica significazione, che trascende il campo della proprietà. La visione completa delle

fonti, che abbiamo riferito, anche a prescindere dalla parola *dominium*, probabilmente interpolata nei casi in cui si contemplavano figure specifiche dell'*in bonis* pretorio, mostra che le forme *in bonis habere*, *in bonis esse* significano sempre la pertinenza del diritto e una relazione assoluta con la cosa. Gaio, discorrendo del duplice dominio o della divisione del dominio, evidentemente non include nell'*in bonis* il possesso di buona fede (Gai., I, 54; II, 40), di cui discorre a parte, con evidente opposizione (II, 43: *Ceterum etiam*, etc.). D'altra parte *proprietà relativa* in ultima analisi non è che una frase per significare *possesso*, sicchè la creazione di questo concetto non porta se non a confondere le categorie del possesso e della proprietà.

Nè vale il riferirsi alla vita pratica e dire che in questa non si fa differenza tra l'acquirente in buona fede e l'acquirente *a domino*, che la buona fede *tantundem possidenti praestat quantum veritas quotiens lex impedimento non est* (L. 136, D., 50, 17). Se si torna in campo colla vita pratica, il possesso di b. f., ben più che un dominio bonitario, può comparire un vero dominio quiritario, e questo appunto significa la regola citata.

D'altra parte l'*in bonis* ha effetti giuridici speciali e caratteristici in ordine agli acquisti e alle manomissioni.

Quanto alla difesa comune, essa non significa nulla. Tanto l'*in bonis* quanto la *possessio bonae fidei* si riassumono nella *possessio*, e il Pretore stesso non ha mutato i nomi e chiama *possessio* l'uno e l'altra. La categoria autonoma dell'*in bonis* è una vera creazione della giurisprudenza e la dottrina romana ragiona precisamente sulla base della difesa assoluta e della difesa relativa, ma per distinguere, non per confondere (1).

---

(1) [Cfr. ora, nel senso da noi sostenuto e con richiami alle nostre osservazioni, Abgarowicz, *Essai sur la preuve dans la « rei vindicatio »*, Parigi 1912].

V.

L'Editto publiciano (*).

1. L'azione Publiciana era certamente costituita a difesa dell'*in bonis habere* come della *bonae fidei possessio* (1), le due figure di *possessio* ravvicinate da Gaio precisamente sotto il profilo dell'*usucapio* (2); in breve si potrebbe dire l'azione a tutela della *possessio ex iusta causa.*

L'Editto in cui si prometteva questa difesa ci è direttamente o quasi direttamente documentato in due fonti: nelle Pandette in testa al titolo *De Publiciana in rem actione*, 6, 2, e nelle Istituzioni di Gaio come paradimma delle azioni fittizie. Le Pandette ci presentano quello che dovrebbe essere senz'altro il testo dell'Editto: Gaio ci riferisce, sembra, il suo tenore e prosegue con la formula dell'azione.

L. 1 pr., D. *de P. in r. a.*, 6, 2: « Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo ».

Gai., IV, 36 « (Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana) vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Qui-

---

(*) Questo studio è riassunto da una mia Appendice alla versione italiana del Glück, Milano 1888, pag. 260-296, e da due recensioni agli studî sulla Publiciana dell'Appleton e del Carusi, pubblicate rispettivamente in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. III, 1890, pag. 311-319 e *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. IX, 1890, pag. 94-104. La definitiva ricostruzione dell'Editto è peraltro quella che io esposi nelle mie *Istituzioni*, § 99, sin dalla 3a edizione, Milano 1903.

(1) V. sopra, pag. 375 e seguenti.

(2) Cfr. Gai., II, pag. 41-44.

ritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit (et) is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua ».

Nella sostanza, salvo le parole *non a domino*, che non dànno, come vedremo, un vero imbarazzo, perchè tutti sono d'accordo nell'eliminarle dalla redazione classica dell'Editto, i due testi sembrano coincidere e, quel che più monta, entrambi porgono tutti i requisiti dell'azione: la *traditio*, la *iusta causa*, l'usucapione in corso, in guisa da formulare quasi con precisione la nozione complessiva del rapporto difeso: la *possessio ex iusta causa*.

Si aggiunga che anche le Istituzioni di Giustiniano, in un testo che si ritiene desunto dalle *Res cottidianae* di Gaio, e la parafrasi di Teofilo nel testo parallelo, che sembra ancora più conforme al modello classico, venendo a esporre il rapporto difeso da quest'azione, con stretta aderenza, come pare, all'Editto del Pretore, si esprimono negli stessi termini e pongono in testa a ogni requisito la *iusta causa* (1).

Nondimeno non vi ha Editto la cui ricostruzione abbia dato maggior travaglio agli autori.

Il Lenel, il benemerito e felice ricostruttore dell'Editto pretorio, vi ha dedicato un lavoro indefesso in corrispondenze e scritti speciali, anzi dallo studio di questo Editto ebbe principio il suo poderoso lavoro di ricostruzione generale dell'Editto, e ha mutato più volte opinione, giungendo dalla fede dei primi anni a conclusioni piuttosto scettiche nell'ultimo suo scritto. La ricostruzione dell'Editto publiciano è stata argomento di scritti speciali anche per opera di altri eminenti romanisti, che si ispirarono alla nuova critica delle fonti (ricordiamo specialmente, oltre il Lenel, anche l'Erman, il Perozzi, il Pacchioni), in cui si alterna di nuovo una fede

---

(1) §§ 3-4, I. *de act.*, IV, 6, e Theoph., *Paraphr.*, ibidem.

viva ed un cauto scetticismo, ed è infine parte essenziale di opere pregiate sull'azione Publiciana, di cui vanno ricordate principalmente quella del Huschke e quelle uscite quasi a paro dell'Appleton e del Carusi.

Donde questo contrasto con quello che parrebbe uno stato delle fonti così felice e concorde, uno stato delle fonti che armonizza in modo così pieno con quanto sappiamo dei requisiti dell'azione Publiciana e dell'usucapione, così largamente svolti nelle Pandette?

2. Le divergenze sulla ricostruzione dell'Editto publiciano hanno ragioni puramente estrinseche. Esse riposano sui seguenti tre motivi crescenti di gravità.

In primo luogo le parole *non a domino*. E qui per vero l'accordo si può dire unanime nel respingere queste parole dal testo dell'Editto. Esse non sono menomamente contemplate dai giureconsulti, nemmeno nel largo commento di Ulpiano, che segue in ogni Editto quasi parola per parola il testo delle singole clausole. Non vi è menomamente accennato in Gaio; esse sono in contrasto con le ipotesi in cui si concede la Publiciana in casi di acquisto *a domino* (L. 7, §§ 2 e 4, *h. t.*), o si concede contro il proprietario (L. 16 e 17, *h. t.*); esse escludono infine completamente l'ipotesi dell'*in bonis*, il che d'altra parte spiega perchè siano state aggiunte dai compilatori (1). Questi dovevano restringere l'àmbito della Publiciana, come hanno ristretto l'àmbito dell'usucapione, all'ipotesi della *possessio bonae fidei*.

Questo primo punto pertanto non è cagione di divergenze. Più grave è la questione con l'*id quod traditur*. Già, a ben guardare, e considerando la cosa dal mero punto di vista dell'analisi logica, non del pensiero, si può dubitare circa il senso di quell'inciso. A rigore esso dovrebbe indicare l'oggetto del *petet*, dovrebbe cioè significare ciò che è suscettibile di tradizione, *id quod traditionem recipit*, la

(1) V. sopra: *Sul cosiddetto dominio bonitario*, ecc., pag. 375 e seguenti.

quale interpretazione è stata ammessa per lo meno come possibile dal Guyet e dall'Obrock e sostenuta dal Kritz.

Ma questa interpretazione non è sostenibile, perchè il testo deve esprimere la *traditio* come uno dei requisiti della Publiciana, cioè come fatto avvenuto, e l'*id quod traditur*, non il *petet*, deve collegarsi alla *iusta causa* (cfr. L. 3, § 1).

Ma ammessa questa intelligenza del testo spunta una grave incongruenza grammaticale. L'*id quod traditur* viene a costituire la protasi di un periodo ipotetico: ora il futuro semplice nell'apodosi (*petet*) esige il futuro passato nella protasi, dove si enuncia un'azione egualmente futura, ma passata in relazione a quella espressa nella proposizione corrispondente. Ciò è di rigore nella lingua latina, nella lingua dei giureconsulti, nei testi dell'Editto, nè vi ha esempio in contrario. Qui l'accordo non è pieno tra gli scrittori; ma per difendere la genuinità di quella clausola si sono accumulati errori gravi di apprezzamento della grammatica latina e delle forme antiche; d'altra parte non è questa la sola incongruenza grammaticale di quell'inciso (1).

Ma certamente, se l'inciso non è genuino, non è agevole indovinare che cosa dovesse essere al posto di quelle parole, che pure esprimono un requisito, di cui doveva esser menzione nell'Editto, un momento, che è dichiarato espressamente negli altri testi e commentato nei giureconsulti, nè è dato indovinare perchè i compilatori abbiano in questa parte alterato il testo edittale.

Ma più grave ancora è finalmente un terzo punto. Nella L. 7, § 11, il giureconsulto Ulpiano, al quale appartiene pure la L. 1 pr., riferisce altre parole edittali:

Praetor ait: qui bona fide emit.

Queste parole non si trovano nella L. 1 pr., e sembrano anzi in contrasto assoluto col tenore della L. 1 pr., che parla

(1) V. su tutta questa parte filologica l'appendice al presente scritto.

in genere di *iusta causa*, laddove qui si parla soltanto di compera in buona fede. Queste parole hanno veramente suscitato tutta la tempesta e rappresentano la divergenza fondamentale tra i varî tentativi di ricostruzione.

Questi tentativi seguono precisamente tre indirizzi:

Vi hanno coloro, i quali dalle parole *qui bona fide emit* della L. 7, § 11, sono stati tratti ad espellere dal testo dell'Editto la *iusta causa*, sostituendola con la menzione della compera in buona fede.

Vi hanno coloro, i quali per non giungere a questo estremo di espungere un requisito così attestato e così commentato conservano l'enunciato generale della *iusta causa*, ma in varî modi inseriscono nel testo la menzione della compera di buona fede.

Vi hanno infine coloro, i quali tengono fede al testo della L. 1; s'intende, con le debite modificazioni. Le parole *qui bona fide emit* saranno state parte di un altro Editto destinato alla *possessio bonae fidei*, saranno state parte di una formula: in qualunque modo, secondo questo sistema, esse non debbono corrompere il testo dell'Editto originario che è in sostanza quello della L. 1 pr.

Presentiamo in un quadro gli esemplari dei tre gruppi di ricostruzioni, perchè di primo acchito si abbia l'intuizione dei criterî seguiti da ciascun autore e si possa meglio apprezzare quanto diremo in seguito.

1° Gruppo.

Ricostruzioni ispirate alla L. 7, § 11 (*qui bona fide emit*).

Puntschart, *Civilr. der Römer*, pag. 353 e 354:

« Si quis id quod bona fide emit quodque ei traditum est, petet, i. d. ».

Karlowa, *Röm. Rg.*, II, 1211:

« Ei qui rem b. f. emit, si eo nomine sibi traditam et nondum usucaptam amiserit, proinde atque si res usucapta esset, in ea verba i. d. ».

Perozzi, *Bullettino dell' Istit. di dir. rom.*, vol. VII, 1894, pag. 45 e seguenti:

« Si quis id quod bona fide emit (o emerit o emisse dicetur) nondum usucaptum petet, i. d. ». Formula: Gai., IV, 36.

Pacchioni, *Bull. dell' Istit. di dir. rom.*, vol. IX, 1896, pag. 118. L'Editto originario conteneva le parole di cui alla L. 7, § 11. Però Giuliano avrebbe già sostituito la *iusta causa:* per questa seconda fase il Pacchioni è proclive ad accogliere la ricostruzione dell' Erman (v. 3° Gruppo).

2° Gruppo.

Sistemi misti (L. 1 pr. e L. 7, § 11).

Pellat, *Exposé des principes généraux de la propriété*, etc., 2ª ediz., Paris 1853, pag. 448 e 449:

« Si quis id quod bona fide emit vel id quod traditur ex iusta causa et nondum usucaptum petet, i. d. ».

Mommsen, *Corpus iuris civ.*, D. *h. t.*, L. 1 pr., nota:

« Si quis id quod bona fide emit traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, i. d. ».

Con lieve aggiunta il Cogliolo, *Note al Padelletti*, *Storia del diritto romano*, pag. 526:

« Si quis id quod bona fide emit traditum ex iusta causa vel a domino et nondum usucaptum petet, i. d. ».

Brinz, *Zum Rechte der b. f. p.* in *Festgabe zum Arndts' schen Jub.*, 1875, pag. 101:

« Si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, i. d. ».

Simile restituzione è accolta dal Bechmann, *Der Kauf nach gem. R.*, Erlangen 1876, vol. I, pag. 386.

Jousserandot, *L'Édit perpétuel*, pag. 161 e 166:

« Si quis id quod bona fide emit aut quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, i. d. ».

I. Formula (Si res in bonis esse dicatur): Gai., IV, 36.

II. Formula (Si res b. f. possessa esse dicatur):

« Si quem hominem A. A. bona fide emit, et is ei traditus est, anno possedisset, etc. ».

Brezzo, *rec. Appleton* in *Arch. giur.*, vol. XLIII, 1889, pag. 274:

Il testo della L. 1 pr., D. *h. t.*, con aggiuntavi la chiusa:

« Cuius illi experiundi potestatem faciam qui bona fide emit ».

Bonfante, *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. IX, 1890, pag. 97:

« Si quis id quod mancipatur ex iusta causa traditum sibi sive is qui bona fide emit id quod vel mancipatur vel traditur ex ea causa traditum sibi et nondum usucaptum petet, iudicium dabo ».

Restituzione ispirata alla ricostruzione del Lenel, fondendo insieme i due Editti: ora abbandonata.

Abgarowicz, *Essai sur la preuve dans la r. v.*, Paris 1912, pag. 230 e 231, n. 1:

« Si quis id quod traditur ex iusta causa bona fide emerit et nondum usucaptum petet, iudicium (huiusmodi) dabo: si quem hominem A. A. bona fide emit et is ei traditus est rel. ».

3º Gruppo.

Ricostruzioni ispirate alla L. 1 pr. (*ex iusta causa*).

Clausola indipendente per l'inciso della L. 7, § 11.

Gimmerthal, *Die Publ. Klage*, Brem. 1872, pag. 63-76:

Il testo della L. 1 pr., D. *h. t.*, meno le parole *non a domino.*

Le parole *qui bona fide emit* della L. 7, § 11, *h. t.*, avrebbero fatto parte di un secondo capitolo aggiunto da Salvio Giuliano, col quale Giuliano avrebbe inteso di modificare, restringendolo al solo compratore, il requisito della *bona fides*, che sarebbe stato richiesto per l'addietro nel compratore e nel venditore.

Cuq, *L'Édit publicien* in *Nouv. R. histor. de droit*, 1877, pag. 628 e 629:

Il testo della L. 1 pr., D. *h. t.*, meno le parole *non a domino.*

Le parole *qui bona fide emit* avrebbero fatto parte della formula.

Huschke, *Das Recht der Publ. Klage*, Stuttgart 1884, pag. 315:

(Editto) « Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino, sive cum mancipi esset, nec mancipatum nec in iure cessum a domino est, nondum usucaptum petet, i. d. ».

I. Formula (per l'*in bonis habere*): Gai., IV, 36.

II. Formula (per la *bonae fidei possessio*): « Si quam rem A. Agerius bona fide emit, eaque ei eo nomine sit tradita, anno possedisset, etc. ».

Rudorff, *Edicti perpetui quae rel. sunt*, Leipzig 1869, pag. 75:

1° Editto (per l'*in bonis habere*): « Si quis rem mancipi quae traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptam petet, i. d. ».

2° Editto (per la *bonae fidei possessio*). Il testo della L. 1, D. *h. t.*

I. Formula (per l'*in bonis habere*): Gai., IV, 36.

II. Formula (per la *bonae fidei possessio*): « Si quem hominem A. Agerius bona fide emit, etc. ».

Voigt, *Das ius naturale*, Leipzig 1856-1875, vol. IV, pag. 476-484:

1° Editto (per l'*in bonis habere*): « Si quis id quod ei traditum est ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet, i. d. ».

2° Editto (per la *b. f. p.*): « Si quis id quod b. f. emit et ei traditum est, non a domino et nondum usucaptum petet, i. d. ».

1° Formula (per l'*in bonis habere*): « Si quam rem suam Numerius Negidius Aulo Agerio tradidit ex iusta causa, is anno (biennio) possedisset, tum si eam rem, qua de agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat: si non paret, absolvito ».

2° Formula (per la *bona fidei possessio*): « Si quam rem Aulus Agerius bona fide emit et quae ei tradita est, anno (biennio) possedisset, tum si eam rem, qua de agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat: si non paret, absolvito ».

Lenel, *Beitr. zur Kunde des praet. Ed.*, Stuttgart 1878, e *Edictum perpetuum*, pag. 130 e seguenti:

1° Editto (per l'*in bonis habere*): « Si quis id quod mancipatur (ora, meglio, *mancipio datur*) traditum ex iusta causa (a domino?) et nondum usucaptum petet, i. d. ».

2° Editto (per la *possessio bonae fidei*): « Ei qui bona fide (non a domino?) emit si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, i. d. ».

I. Formula (per l'*in bonis habere*): « Si quem hominem A. Agerius a domino emit, etc. ».

II. Formula (per la *possessio bonae fidei*): « Si quem hominem A. Agerius bona fide emit, etc. ».

Con lui concordano: Wlassak, *Edict u. Klageform*, pag. 78, n. 14; Cohn, *Krit. Vierteljahreschr.*, vol. XXIV, pag. 30 e 31; Schulin, *Röm. Rg.*, 1889, pag. 312-314.

In una corrispondenza coll'Appleton (1886) il Lenel si mostrò disposto ad abbandonare la dualità della formula.

Lenel, *Paling.*, II, pag. 512, n. 3: Un solo Editto (il 1°) e due formule: quella relativa alla *b. f. p.* sarebbe stata più antica dell'Editto.

Lenel, *Paling.*, II, pag. 1264: *Add. et corr.* Abbandona l'antichità maggiore della formula relativa alla *b. f. p.*

Lenel, *Nachtrag. zum Ed. perp.* in *Z. der Sav. Stift.*, vol. XX, 1899, pag. 11, e *Ed. perp.*, 2ª ediz., 1907, § 60 (59), pag. 164:

Un solo Editto (la vecchia ricostruzione del 1° Editto meno le parole *a domino*) e una sola formula con inserzione della *b. f.*, comuni l'uno e l'altra all'*in bonis habere*, e alla *b. f. possessio*.

Appleton, *Hist. de la propr. prét. et de l'act. Publ.*, vol. I, cap. XVII:

(Editto) « Si quis id quod traditur vel mancipatur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, i. d. » (restituzione ispirata a quella del Lenel).

« Ei qui bona fide emit, formulam in hunc modum conceptam dabo » (transizione dall'Editto alla formula: ipotesi dello Schirmer, *Der Besitzerwerb*, etc. in *Krit. Vierteljahreschr.*, vol. XVIII, 1876, pag. 345 e seguenti.

Carusi, *L'Az. publ. in dir. rom.*, Roma 1889, pag. 17-69:

(Editto) La restituzione del Cuq e del Gimmerthal cancellato l'*et*.

I. Formula (per l'*in bonis habere*): Gai., IV, 36.

II. Formula (per la *bonae fidei possessio*). A questa vanno riferite le parole *qui bona fide emit*. In nota, a pag. 66, il Carusi esprime come si potrebbe pensare che suonasse la formula sopraddetta e ne porge, in via d'ipotesi, questo tipo, per vero molto acconcio e ben combinato:

« Si A. Agerius, qui bona fide emit, hominem sibi traditum anno possedisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret, etc. ».

Erman, *Beitr. zur Publiciana:* Recensione all'Appleton nella *Z. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XI, 1891, pag. 232 e 249, seguendo Schirmer in *Krit. Vierteljahreschr.*, vol. XXXII, 1890, pag. 496:

« Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium (huiusmodi) dabo:

« Si quem hominem Aulus Agerius bona fide emit et is ei traditus est, etc. ».

Seeler, *Das Public. Edict.* in *Z. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XXI, 1900, pag. 58 e seguenti:

« Si quis id quod traditum ex i. c. et (o etsi, vel, licet) non a domino et (o etsi, vel, licet), nondum usucaptum petet iud. dabo ».

Rest. scorretta. Cfr. Erman in *Z. der Sav. Stift.*, vol. XXI, 1900, pag. 449.

Bonfante, *Appendice alla versione del Glück*: titolo *De Publiciana in rem actione*, pag. 287, e *Bullettino dell' Ist. di dir. rom.*, vol. III, 1890, pag. 316:

« Si quis id quod mancipio datur vel in iure ceditur ex iusta causa traditum sibi et nondum usucaptum petet, i. d. ».

Le parole *qui bona fide emit* sarebbero state parte di una clausola aggiunta destinata alla difesa della *possessio bonae fidei.*

Restituzione anch'essa abbandonata.

Bonfante, *Ist. di dir. rom.*, 3ª ediz., Milano 1903:

« Si quis rem ex iusta causa traditam sibi et nondum usucaptam petet, i. d. ».

L'inciso *qui bona fide emit* è un frammento della formula e forse poteva costituire anche parte di una clausola accessoria.

3. Diciamo ora brevemente di ciascun sistema.

Sul primo sistema o gruppo di opinioni.

Veramente non solo Ulpiano nella L. 7, § 11, mette in bocca al Pretore le parole *qui bona fide emit* e in seguito largamente le commenta, ma anche Nerazio nella L. 17, *h. t.*, si esprime come se l' Editto fosse concepito sulla base esclusivamente della compera di buona fede (1).

Ma dall'altra parte Ulpiano e Paolo commentano la *iusta causa;* Gaio nel testo delle Istituzioni, Giustiniano egualmente nel testo delle Istituzioni, ispirato alle *Res cottidianae* di Gaio, e Teofilo nella parafrasi fondano l'Editto sulla *iusta causa*, e di nuovo Gaio nella L. 13, *h. t.*, pone come requisito generale della Publiciana la *iusta causa.*

Come si concilia il contrasto?

Secondo il Perozzi sono i giureconsulti che hanno fatto l'estensione ad ogni altra *iusta causa*, fuor della compra-

---

(1) L. 17, *h. t.*: « Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur..... sed ut is *qui bona fide emit* possessionemque eius *ex ea causa* nactus est, etc. ».

vendita, ora procedendo per assimilazione alla compra-vendita (e su questo punto alcune parole dei nostri testi offrono appiglio alla tesi sostenuta dal P. con fine acume: cfr. L. 3, § 1; L. 7, § 1, *h. t.*), ora estraendo la *iusta causa* dalla possibilità dell'usucapione, dal *nondum usucaptum*, come nella donazione (e qui siamo nel campo della pura ipotesi). Gaio, sempre secondo il P., così nelle Istituzioni come nella L. 13, non si richiama al testo dell'Editto, ma riporta la concezione generale della giurisprudenza, che è stata dai compilatori convertita nell'Editto della L. 1 pr.

Il Pacchioni invece con una certa semplicità non priva di attrattiva sostiene che non Giustiniano, bensì Giuliano ha modificato l'Editto: Nerazio, anteriore a Giuliano, nella L. 17 ci serba memoria dell'Editto pregiulianeo, Gaio, posteriore, già si fonda sulla nuova redazione di Giuliano.

Diciamolo sin d'ora, sia pur anticipando in parte la giustificazione del terzo sistema: si neghi pur fede alla L. 1 pr., si neghi pur fede alle Istituzioni genuine di Gaio: fondamentale è il commento di Ulpiano all'Editto intercalato con quello di Paolo. Ora questo commento termina alla L. 7, § 9: qui esso, dopo le osservazioni generali e conclusive del § 8, si chiude con le parole rituali, con cui si chiude qualunque commento edittale, cioè col dichiarare se l'azione competa o non competa contro gli eredi e gli altri successori, e in qual misura competa: *haec actio et heredi et honorariis successoribus competit.*

Il § 10 comincia bruscamente un commento nuovo, basato in modo esclusivo sulla compra-vendita (*si ego non emero*), al quale si riattaccano le parole della L. 7, § 11. Questo nuovo commento sarà alla formula, sarà ad un nuovo Editto.

Certo esso non si riporta all'Editto commentato sinora, che con quelle parole rituali si è chiuso. Anche nella sostanza i due commenti divergono radicalmente: il primo è tutto imperniato sulla *iusta causa*, il secondo, che si continua per più leggi, anche fuori del titolo della Publi-

ciana, è tutto imperniato sulla compera di buona fede, e la *iusta causa* scompare: dove essa riappare, come nella L. 11, §§ 3-4, il testo è, come vedremo, certamente interpolato. A meno di supporre pertanto uno sconvolgimento catastrofico, unico, delle varie parti del commento, per cui le frasi conclusive e la chiusa siano state trasportate in mezzo e il commento alla *iusta causa* sia stato spezzato, non si sa come, in una parte generale e in una parte speciale, noi dobbiamo respingere questo sistema. Gli autori che hanno seguìto questo indirizzo avrebbero dovuto rendere almeno concepibile questo catastrofico sconvolgimento e questa biforcazione, e invece non sembrano nemmeno avervi fermato l'attenzione.

E giova anche osservare: questo indirizzo, sebbene fondato certamente su dati esegetici, è dominato dal pensiero che l'astrazione e la generalizzazione della *iusta causa* debba esser posteriore ai negozî concreti e opera riflessa dalla dottrina. Ora è questa un'illusione. Il termine *causa*, non altrimenti che il termine *res*, non è un'astrazione riflessa di entità concrete e definite, bensì una designazione indistinta di elementi ed oggetti non ben definiti: *causa* e *res*, sono, ognun lo sa, le parole che più abbondano nella lingua latina, che certo non ha dovizia di sostantivi astratti, e rendono talora disperante la traduzione; e abbondano nel linguaggio delle leggi, sino dall'epoca delle *legis actiones*, e del Pretore, sicchè farne un merito alla giurisprudenza o allo stile greco dei compilatori, mentre il greco è ben lungi dall'usare con egual profusione il termine *αἰτία*, è peccare egualmente contro il genio della lingua latina e il sapore delle leggi romane; peccato statisticamente controllabile. Scendendo poi alla nostra applicazione, *iusta causa* nell'Editto publiciano non è tanto una generalizzazione di *negozî* concreti, distinti, definiti, quanto la designazione complessiva di *rapporti* indistinti e indefiniti di natura pubblica più che privata, riconosciuti e valutati di volta in volta dal Pretore, il quale sulla base di essi usa garantire

erga omnes la *possessio;* poichè, come vedremo, l'Editto della L. 1 pr. doveva riferirsi precisamente all'*in bonis.*

Poche parole sul secondo sistema.

Vale anche di fronte ad esso la critica fondamentale che demolisce il primo: ma vi ha pure in questo sistema un'assurdità speciale, alquanto velata in alcune ricostruzioni, come quella del Brinz, che consiste nel mettere insieme nello stesso testo la *iusta causa* e la *emptio bonae fidei*, il genere e la specie.

Questo indirizzo, il quale raccoglie il maggior critico delle fonti, il Mommsen, il maggior romanista della scuola francese, il Pellat, e il più profondo tra i pandettisti tedeschi, il Brinz, mostra quanto sia agevole anche ad intelletti sommi, navigando in queste strette, di esser trascinati a sostenere le tesi più inverosimili.

Soltanto nella mia vecchia restituzione (che io dichiarava per altri riguardi ben poco felice) questo vizio è schivato, in quanto, sebbene combinate in uno stesso Editto, le due clausole si riferivano nettamente a ipotesi diverse.

Resta il terzo sistema.

Le ragioni decisive, che escludono i due precedenti, rendono ineluttabile l'accettazione di questo. Le parole *qui bona fide emit* non possono esser nell'editto della L. 1 pr.

Ma qui si affacciano i dubbî sulle ricostruzioni tentate, qui si affaccia il problema della clausola, cui appartiene l'inciso *qui bona fide emit* e lo scopo di essa. Gli autori sono d'accordo sulla eliminazione effettiva o virtuale delle parole *non a domino*, che limitano l'Editto alla protezione del possesso di buona fede: dico l'eliminazione effettiva o virtuale, perchè alcuni, poco felicemente, rendono innocua quella inserzione, allargandola (*sive a domino, sive non a domino; licet non a domino; vel a domino*, etc.), altri, come il Voigt, il Rudorff e il Lenel nella sua prima fase, cancellano il *non*, limitando l'Editto della L. 1 all'*in bonis habere* (a domino). Ma eliminate in un modo o nell'altro quelle parole, alcuni autori mantengono l'Editto tal quale (Gimmerthal,

Cuq, Carusi). Ciò è grammaticalmente impossibile (vedi Appendice). Altri modificano l'Editto senza nemmeno proporsi di rimediare alla sgrammaticatura (Huschke, Rudorff), ovvero ne commettono una diversa (Voigt, von Seeler).

La più semplice e la più felice ricostruzione in questo ordine d'idee è certamente quella data dall'Erman, seguendo lo Schirmer. Tanto l'uno quanto l'altro fondano la loro ricostruzione sopra un'ipotesi paleografica: che in un codice antico fosse scritto in parole siglate *tradit'er*, in luogo di *traditum erit* e l'amanuense del codice che servì ai compilatori, ricopiando dal manoscritto, abbia mutato le parole siglate in *traditur*.

Questa ricostruzione, che piace anche al Pacchioni, è certamente plausibile e corretta nella forma verbale: non direi nella forma sintattica, perchè nel linguaggio romano sarebbe sempre tornato meglio di far precedere la menzione della *iusta causa*, cioè del complemento, costruendo per esempio così: *id quod ex iusta causa sibi traditum erit*.

La restituzione più elaborata è quella del Lenel. Il nucleo fondamentale di questa restituzione, rimasto intatto attraverso gli studî ulteriori e i pentimenti del Lenel, è il seguente: l'Editto o il primo Editto, cioè quello della L. 1 pr., che noi consideriamo ora, è stato oggetto di una malaccorta interpolazione per opera dei compilatori. Esso serviva per la difesa delle *res mancipi simpliciter traditae*, cioè per la figura tipica dell'*in bonis*, e le *res mancipi* erano designate coi termini *id quod mancipatur* o meglio *id quod mancipio datur*. I compilatori, col loro metodo abituale d'interpolare meccanicamente, hanno operato la consueta sostituzione di *traditur* a *mancipatur*, ma in conseguenza di essa hanno dovuto cancellare il *traditum*, che seguiva all'inciso *ex iusta causa*. Ma allora l'inciso *id quod traditur* ha cessato di designare gli oggetti della difesa pretoria ed è venuto invece a rappresentare il fatto della tradizione, figurando come la protasi del periodo legislativo: donde è nata la grave sgrammaticatura.

Tutto è ben studiato dal lato formale in questa restituzione: tutto, salvo un punto: *id quod mancipatur* nel senso di *res mancipi* non è locuzione possibile. Già non appare probabile questa sostituzione di una perifrasi alla locuzione abituale *res mancipi* e i testi addotti dal Lenel (Gai., II, 26; Frontinus in Lachmann, *Gromatici*, pag. 36, lin. 3; Cic., *Top.*, cap. 5), sono ben lungi dal dimostrare l'assunto. Anche come perifrasi *id quod mancipatur* non può significare *id quod mancipationem recipit*, *id quod mancipari debet* o *potest* o *solet*. A questa obbiezione il Lenel ha resistito: ma essa è propriamente irresistibile ed il Lenel critico, con la sua finezza di gusto e di senso della latinità, avrebbe assunto una posizione diversa dal Lenel restitutore.

Dal lato sostanziale, poi, mi permetto di dubitare della correttezza di una formulazione edittale, che restringe rigidamente la Publiciana del domino bonitario alle *res mancipi*. A parte la contraddizione con Gaio, che in tema di Publiciana parla di *res* in generale, non già di *res mancipi*, questa restrizione è un riflesso del nostro pensiero, per cui l'immagine dell'*in bonis* è data dalla *res mancipi* alienata senza l'uso delle forme solenni; ma questa figura non era certamente l'unica, era anzi una delle tante, e molte delle altre, forse non meno importanti, abbracciano anche *res nec mancipi* (1).

Tuttavia certamente questo ingegnoso tentativo di spiegare l'origine dell'*id quod traditur*, il vero nodo dell'enimma, innegabilmente seduce. Esso ha esercitato il suo fascino sull'Appleton e sull'autore stesso di queste pagine. L'Appleton respinge la duplicità dell'Editto, sul qual punto il Lenel stesso ha poi ceduto. L'arguto romanista francese, invece dell'*id quod mancipatur*, vuol leggere nell'Editto originario *id quod mancipatur vel traditur*, a fine di ricomprendere nell'unico Editto tanto le *res mancipi* quanto le

(1) V. sopra: *Sul cosiddetto dominio bonitario*, ecc., pag. 373 e seguenti.

res nec mancipi, tanto l'*in bonis*, quanto la *bonae fidei possessio*.

Ma nell'ampliamento dell'Appleton la restituzione del Lenel perde tutto il suo sapore: o perchè il Pretore non avrebbe detto senz'altro *rem*, come dice semplicemente Gaio?

Ho detto che io stesso ebbi a subire il fascino della restituzione del Lenel, e ciò tanto nel mio primo, quanto nel mio secondo tentativo. Debbo richiamare l'attenzione sul secondo tentativo. Dai testi delle Pandette risulta che la Publiciana difendeva non soltanto le *res*, ma anche i *iura*, usufrutto e servitù prediali, ecc. Ora, accettando anche il punto di vista e la restituzione del Lenel, i *iura*, se si tolgono le servitù rustiche, non potevano esser significati dalla locuzione *id quod mancipatur* per la semplice ragione che erano *res nec mancipi*. Ma forma in uso per la costituzione dei *iura*, incapaci anche di tradizione, era la *in iure cessio*: volendo pertanto integrare l'Editto primo del Lenel in guisa da abbracciare sia le cose trasmesse *a domino*, sia i *iura* costituiti pur essi *a domino*, ma non nelle forme debite della *mancipatio* o della *in iure cessio* rispettivamente, io fui tratto, così ragionando, a restituire al posto dell'*id quod traditur* la locuzione complessa *id quod mancipio datur vel in iure ceditur*. Debbo pur dichiarare che questa perifrasi evita, almeno in parte, gli appunti mossi alla perifrasi del Lenel, perchè effettivamente non vi ha una denominazione più semplice con cui designare questo complesso di oggetti.

Malgrado l'irreprensibilità formale del ragionamento e della clausola e la plausibile spiegazione dell'interpolazione operata dai compilatori, a questa restituzione il mio pensiero non si fermò lungamente. Ma essa divenne la chiave della soluzione, perchè mise spontaneamente avanti al mio spirito il problema storico-giuridico donde dipende la soluzione dell'enimma: l'Editto originario e la Publiciana classica si estendevano veramente ai *iura?* O non è questa invece una modificazione giustinianea? E se Giustiniano è l'autore di

questa estensione, non doveva egli modificare l'Editto originario? E come poteva egli ricomprendere in una locuzione sintetica tanto le *res*, quanto i *iura*, cioè tanto le *res corporales* quanto le *res incorporales?*

4. Torniamo alla nostra fonte genuina, Gaio, la fonte non mai scrutata abbastanza e non mai abbastanza rispettata. Se noi ordiniamo semplicemente le parole di Gaio, riducendole in uno schema edittale, anche senza conoscere il testo delle Pandette (anzi, per meglio dire, supposto un momento che da noi s'ignori il testo delle Pandette, che ci ha traviato), giungiamo a questa semplice restituzione: « Si quis *rem* ex iusta causa *traditam sibi* et nondum usucaptam petet, i. d. ».

In che differisce questa restituzione dal testo delle Pandette? Siamo tutti d'accordo che da questo testo vanno eliminate le parole *non a domino*. Lenel ha visto rettamente, sempre in base agli stessi testi delle Pandette (la lettura del commento ulpianeo alla L. 3, § 1, *h. t.*, è di un effetto luminoso), che dopo la *iusta causa* seguiva la menzione della *traditio*.

La vera, immanente, grave differenza del testo gaiano e del testo delle Pandette è sempre la frase *id quod traditur*, il motivo e il mistero della restituzione.

Perchè di nuovo i compilatori avrebbero mutato l'indicazione così breve e semplice, *rem*, in quella pesante e scorretta *id quod traditur*, che li ha obbligati a sopprimere il *traditam sibi?*

Nel diritto delle Pandette noi troviamo applicata la Publiciana all'usufrutto, alle servitù prediali, al *ius in agro vectigali*, e il testo relativo a quest'ultimo fa sospettare che vi si parlasse anche o piuttosto dei fondi tributari e stipendiari. Ora nel diritto classico noi sappiamo con certezza che i due capisaldi della Publiciana, la *traditio* e la *usucapio*, erano esclusi dal campo dei *iura:* l'*usucapio* è assolutamente esclusa per quel che riguarda le servitù o almeno le servitù

rustiche a datare dalla *Lex Scribonia*, per quel che riguarda i fondi provinciali e vettigali *ab origine*, in quanto l'*usucapio* era modo di acquisto della proprietà e il privato possessore non poteva acquistare di questi fondi la proprietà; la *traditio* è esclusa per lo meno dall'usufrutto e dalle servitù per la loro qualità di *res incorporales* (1).

Nelle relazioni provinciali si è cercato un sostituito alla deficienza dell'una e dell'altra: l'*usucapio* ha trovato il suo sostituto nella *longi temporis praescriptio*, che non faceva acquistare la proprietà, ma assicurava il possesso mediante un'eccezione; per la costituzione di servitù e di usufrutto sui fondi, data l'impossibilità di estendere la *mancipatio* e la *in iure cessio*, modi legittimi, fuori dell'àmbito dei fondi italici, e l'impossibilità di applicare la *traditio* alle *res incorporales*, si è provveduto mediante *pactiones et stipulationes* (2).

Giustiniano, e siamo pur sempre nel campo della certezza, ha mutato sotto entrambi gli aspetti la cosa: egli ha convertito la *longi temporis praescriptio* in un modo di acquisto della proprietà e l'ha fusa con l'*usucapio*, egli ha esteso la *traditio*, come ha esteso la *possessio*, ai *iura* (*traditio* o *possessio iuris*, *patientia*, *quasi traditio*, *quasi possessio*) (3).

---

(1) Gai., II, 28: « *res incorporales* traditionem non recipere manifestum, est. § 29: Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi (tantum) possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. § 30: Usufructus in iure cessionem tantum recipit ».

(2) Cfr. Gai., II, 31, 32. — Circa il primo punto, il sostituto dell'*usucapio*, è certo che esso non raggiungeva l'effetto di far acquistare la proprietà: circa il secondo punto, il sostituto della *in iure cessio*, la cosa controversa; ma noi siamo con coloro che ritengono che le *pactiones et stipulationes* (cioè in sostanza le *stipulationes*, perchè le *pactiones*, a nostro avviso, non indicano che le clausole suggellate da formali *stipulationes*) sieno incapaci di costituire servitù vere e proprie con efficacia reale.

(3) In un testo delle Pandette, la L. 1 pr., *Quib. mod. us. fr.*, 7, 4, di Ulpiano, il confronto col testo genuino, Fr. Vat., 61, benchè frammentario, permette di toccar con mano l'interpolazione, notata nella edizione stessa delle Pandette del Mommsen. Cfr. su queste estensioni: per la *l. t. pr.* Bonfante, *La « l. t. praescriptio » delle servitù* (v. in seguito): per la *traditio* e la *l. t. pr.* Perozzi, *I modi pretorî di acquisto*

In queste condizioni è ovvio supporre *a priori* che l'estensione stessa alla Publiciana sia opera dei compilatori. A parte la forza probatoria delle estensioni parallele operate certamente da Giustiniano, è certo che una Publiciana su cose non suscettibili di *usucapio*, di *traditio*, di *possessio*, che sono i momenti essenziali dell'azione, dovrebbe ritenersi un assurdo.

I testi da cui essa risulta sono i seguenti:

L. 11, § 1, D. *h. t.*: « Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat ».

L. 12, § 2: « In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est ».

L. 12, § 3: « Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero ».

Questi testi hanno dato il più fiero imbarazzo agli scrittori dal punto di vista storico e gli ultimi, per vero dire, anche dal punto di vista del diritto giustinianeo, perchè il fondamento dell'usucapione è quivi abbandonato anche nel diritto delle Pandette e l'assenza del requisito fondamentale francamente affermata. I commentatori hanno fatto le più svariate e strambe ipotesi: finzione della *longi temporis praescriptio*, finzione di *mancipatio* o *in iure cessio; actio in factum*; finzione che il fondo provinciale sia italico. In realtà la prima finzione non sarebbe valsa a nulla, perchè la

---

delle servitù in *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. XXIII, 1897, pag. 3 e segg.; 167 e segg.; per la *possessio* il nostro ALBERTARIO in varî scritti: *La protezione pretoria delle servitù romane* in *Filangieri*, 1912; *Il quasi possesso dell'usufrutto nella dottrina romana* in *Rend. dell'Istituto Lombardo*, vol. LXV, 1912; *Di nuovo sul glossema in « Gaii Inst. »*, IV, 39, in *Filangieri*, 1914. Può esser riservata soltanto la questione circa la *quasi possessio* dell'usufrutto e il glossema gaiano.

longi temporis praescriptio non era modo di acquisto della proprietà, e nemmeno conferiva azione di sorta, prescindendo ora da un'oscura notizia di Giustiniano (1); la seconda finzione e l'*actio in factum*, mere ipotesi campate in aria, ci portano fuori della Publiciana; la terza finzione è complicata, perchè accumula finzione sopra finzione, ed egualmente fantastica. Il vero è che quelle due leggi sono entrambe sfacciatamente interpolate: ed è intanto notevole che l'interpolazione sia stata rilevata fuori del tema della Publiciana, ma è certamente assai più curioso che essa sia stata rilevata rispettivamente per l'una o per l'altra legge dai due autori, che hanno fatto le più acute ricerche sul tema della Publiciana, senza trarne per questo tema le debite conseguenze.

L'interpolazione della L. 11, § 1, fu avvertita dal Perozzi nello scritto sulla Publiciana (2) e ribadita nello scritto citato sui modi pretorî di acquisto delle servitù (3). Il testo è sgrammaticato, vi si nota qualche forma bizantina (*forte*), e dal punto di vista giuridico è davvero impressionante lo sconquasso che quelle poche righe recano nei principî classici: non soltanto vi si applica la *traditio* alla servitù, non soltanto vi si estende la Publiciana e implicitamente l'usucapione, ma il testo ha confuso altresì, ci sia permesso di aggiungere, la distinzione tra servitù rustiche e urbane, dando fondamento a quella teoria, per la quale il carattere delle servitù dipende dal fondo servente, e quindi l'acquedotto potrebbe essere servitù urbana.

L'interpolazione della L. 12, § 2, è stata avvertita sino dal Lenel nella sua Palingenesi (4). La forma e la scorrettezza stessa della frase, in cui si attribuisce la Publiciana (*si forte bona fide mihi tradita est* invece di *tradita sunt*), il

---

(1) L. 8 pr., Cod., 7, 39.

(2) *Bull.*, cit., vol. VII, pag. 57.

(3) *Riv.*, cit., vol. XXIII, pag. 33.

(4) Lenel, *Paling.*, II, pag. 999 in Paul., n. 295, nota 2.

giro della frase che, nella sua franca dichiarazione, non attenuata nemmeno da un *quamvis* invece del *quae*, sembra condurre alla negativa, accusa la mano dei compilatori. Paolo diceva precisamente il contrario: ***Publiciana non competit***, e in luogo di ***in aliis praediis*** il testo originario doveva recare espressamente ***in fundis tributariis vel stipendiariis***.

Quanto alla L. 12, § 3, essa non è stata veramente appuntata, ma, com'è chiaro, l'interpolazione della legge precedente ne ha precisamente rovesciato il senso: ***a non domino bona fide*** è poi frase certamente interpolata sull'esempio del precedente inciso ***si forte bona fide***, ecc.

Sono pertanto i compilatori che hanno operato questa estensione, e credo che ai più de' miei lettori la dimostrazione sia parsa fin troppo lunga. Ma credo altresì che appaia intuitivamente il criterio che essi hanno seguìto: non potendo serbare il *rem*, dovendo fare l'estensione ai *iura*, essi hanno riassunto le due categorie sotto un punto di vista unitario, che permetteva loro di ribadire i proprî concetti: *id quod traditur*. E poichè, soppresso il *traditam sibi*, l'inciso era destinato a far doppio uso, anzi logicamente esso viene più a designare il fatto posto come condizione che non l'oggetto, la sgrammaticatura è stata un risultato spontaneo; direi quasi che è la sgrammaticatura più giustificata delle Pandette. Essa non è infatti portata da pura negligenza, ma da quel lavorìo di correzione e di cesello, che traviò talora scrittori lunghi, pazienti, cauti e osservanti all'estremo la forma:

> Che fosse sculta ***in suo linguaggio*** io penso,
> Ed era ***ne la nostra*** tale il senso (1).

Del resto questa forma perifrastica, costruita coll'*id quod* invece di *res* o *res mancipi*, par che fosse cara ai compila-

---

(1) Ariosto, ***Furioso***, c. 23, pag. 106.

Non vi ha qui una costruzione *ad synesin*, una sgrammaticatura voluta, come facilmente si penserebbe. L'Ariosto aveva prima scritto

tori. Noi l'abbiamo già notata nella L. 5 pr. e § 1, *Pro derelicto* (1). Ma un'analogia ben più sostanziale è stata espressamente rilevata dal mio valoroso discepolo Albertario nel campo dell'*actio communi dividundo*, la quale pure, limitata in origine alle *res*, è stata estesa dai compilatori ai *iura* (usufrutto, uso, servitù, superficie, ecc.) in una serie di frammenti, il che ha portato a redigere in una forma astratta l'oggetto della divisione nell'enunciato generale (2).

Una certa impressione può fare quello che noi diciamo il doppio uso o la doppia relazione dell'*id quod traditur*.

Certamente chi legga le Pandette coi requisiti della Publiciana in testa non può a meno di scorgere nell'*id quod traditur* il fatto della tradizione.

Ma grammaticalmente esso può significare, anzi dovrebbe significare l'oggetto del giudizio: e questa interpretazione è stata ritenuta possibile o sostenuta anch'essa da più di uno scrittore (3).

---

in la sua lingua, e la correzione, eseguita da lui un poco distrattamente, portò alla sconcordanza.

Ma nei compilatori cotesta incuria d'accomodare la costruzione grammaticale, quando si altera il testo più o meno gravemente, in guisa da richiedere quell'accomodamento, è quasi regolare. Confrontando i testi del Digesto o i passi delle Istituzioni coi testi antegiustinianei, quando esistono (vedi, per esempio, § 2, *Inst.*, III, 23, ove la molto semplice variazione di un *quaeritur*, come si legge in Gai., III, 141, in *quaerebatur* non ha punto tratto seco la mutazione del *possit* in *posset* nella proposizione dipendente: e similmente il § 4, *Inst.*, III, 20, ove la mutazione del *poterit*, che pure si legge in Gai., III, 122, in *potuerit*, non ha tratto seco la mutazione del *detur* in *daretur*), considerando le colleganze talora bizzarre di più frammenti di diversi autori, che balzano fuori dall'opera incosciente o dalla mano dei compilatori, se ne acquista la piena convinzione.

(1) V. sopra: *La derelizione di « res mancipi »*, ecc., pag. 335.

(2) Il principio classico è ancora formulato in Ulpiano, L. 4 pr., D. *Comm. div.*, 10, 3, il principio giustinianeo nel § 20, I., IV, 6. Cfr. Albertario, *Lo svolgimento storico dell'« a. communi dividundo » in rapporto alla legittimazione processuale*, Pavia, pag. 31.

(3) Guyet, *De Publiciana in rem actione*, Heidelberg 1823; Obrock, *De Publiciana in rem actione*, Göttingen 1843; Kritz, *Darstellung prakt. Materien*, vol. I, Dresden und Leipzig 1831.

Se non che ai compilatori non doveva nemmeno offendere la stessa doppia relazione, perchè questa doppia relazione — dovuta alla soppressione di un complemento identico o similare ad uno che precede con diverso riferimento — mentre stona in latino, era in alcuni usi familiarissima nella lingua natìa dei compilatori, il greco (1).

Certamente nel caso questa duplice relazione è assai ardita, e, più che greca, bizantina. Comunque, una cosa è certa: l'Editto da noi ricostruito, ricalcato da Gaio, rappresenta nell'oggetto, *res*, il diritto classico: l'Editto della L. 1 pr., rappresenta nell'*id quod traditur*, il diritto giustinianeo. Ci siamo intrattenuti più che altro per ragioni metodiche ad illustrare i motivi dell'alterazione e il criterio dai compilatori seguìto. In ultima analisi il risultato ci sembra intuitivo e indubitabile.

5. Nondimeno le stesse ragioni metodiche e anche la necessità di non dimenticare il significato storico-giuridico della nostra ricostruzione ci impongono d'integrare la dimostrazione con l'analisi intrinseca dei risultati ottenuti. Che rapporto contempla l'Editto da noi ricostruito? Esso può riferirsi tanto all'*in bonis* quanto alla *possessio bonae fidei*; ma tutto porta a credere che sia stato inventato per l'*in bonis*. Il commento di Ulpiano sino alla sua chiusa, cioè sino alla L. 7, § 9, non sembra contemplare se non casi di alienazione *a domino*, il che viene ad esser anche più accentuato dal contrasto col commento che si inizia dopo la chiusa di questo, cioè in seguito alla L. 7, § 9. E per vero nei paragrafi successivi, cioè a partire dalla L. 7, § 10, e nei successivi frammenti di Ulpiano ci si offrono al contrario con una continuità monotona ipotesi di alienazione *non a*

---

(1) Per esempio, l'oggetto collocato tra un participio e un altro verbo si riferisce ad entrambi. Cfr. XENOPH., *Inst. Cyri*, I, 2, 15: οἱ μὲν δυνάμενοι τρέφειν τοὺς παῖδας ἀργοῦντας πέμπουσιν, cioè sempre πέμπουσιν τοὺς παῖδας ἀργοῦντας. È la costruzione che il BESELER, *Beitr.*, II, pag. 126, chiama « aplologia » e indica come criterio d'interpolazione.

domino, di disposizione di *res aliena*, di compera in buona fede; impressione che è aggravata, se i testi inseriti nel titolo della Publiciana vengono accresciuti coi testi ad essa pertinenti, sparsi in altri titoli, cioè se invece del Digesto si abbia presente la Palingenesi.

Ma decisivo è il confronto, se si considera l'essenza intrinseca delle ipotesi e la tendenza vera della *iusta causa*. Le figure che ci offrono tanto Paolo, quanto Ulpiano sino alla L. 7, § 9, sono tutte figure possibili o necessarie di *in bonis*, alcune veramente caratteristiche: la *ductio noxalis* (L. 6 di Paolo) è uno degli esempi tipici, due volte menzionato nelle stesse fonti giustinianee; l'*adiudicatio* (L. 7 pr.) non può riferirsi che alle azioni divisorie nei *iudicia imperio continentia* (1), poichè altrimenti non si comprenderebbe come l'aggiudicatario abbia bisogno della Publiciana; nel diritto giustinianeo si deve ricorrere ad arzigogoli per rendersi ragione della cosa. Egualmente la *litis aestimatio* (L. 7, § 1) non può generare possesso di buona fede: essa fonda l'*in bonis*, e se fonda soltanto l'*in bonis*, non la proprietà, gli è perchè il convenuto non ha ricevuto la trasmissione della *res mancipi* nei debiti modi, ma ha pagato e conservato il possesso mediante una specie di *traditio brevi manu*. Anche nei §§ 2 (*qui a furioso*) e 4 (*si a minore*, etc.; nel testo originario certamente *a pupillo*), si tratta ad ogni modo di alienazione *a domino*, come fa riflettere il Lenel (2), il quale in origine reputava questi paragrafi spostati dal contesto originario. Finalmente il § 3 della stessa L. 7 relativo al donatore (in parte interpolato, come vedremo, ma l'interpolazione non rileva al fine presente) suppone espressamente che il donatore stesso rivendichi, quindi è da presumere che il giureconsulto pensi alla donazione fatta dal proprietario (3).

---

(1) Cfr. *Fragm. Vat.*, 47.

(2) Lenel, *Pal.*, Ulp., 563, n. 4.

(3) Soltanto nella L. 3, § 1, si menziona incidentalmente l'*emptor bonae fidei*, ma io credo, come il Lenel, questa menzione interpolata; e i compilatori, come vedremo, avevan ragione di farlo.

La stessa immagine offre il commento di Paolo. Abbiamo già considerato i testi incastrati nel commento ulpianeo, ma anche nel testo indipendente, la L. 12, non si contemplano se non casi di alienazione *a domino*, casi d'*in bonis*. Tale è espressamente l'ipotesi fatta nel pr., tale quella del § 1; i due paragrafi successivi, che così come si trovano nelle Pandette parlano di compera in buona fede, di compera *a non domino*, sono, come dicemmo, certamente interpolati; e ridotti al tenore genuino, confermano che il giureconsulto aveva sempre in mente fondi alienati dal legittimo titolare, che egli si propone unicamente il problema o piuttosto esclude il dubbio che la Publiciana competa pei fondi stipendiari, tributari, vettigali, superficiari, nei quali il titolare, sia pur legittimo, non è proprietario.

Basterebbe del resto l'antitesi generale e fondamentale, che abbiamo già rilevato a fine di stabilire l'opposizione tra le due parti del commento ulpianeo, per rendere irresistibile la nostra induzione. La prima parte del commento ulpianeo presenta una serie svariata di *iustae causae*, che, malgrado le mutilazioni operate dai compilatori, traboccano dal terreno puramente privato; la seconda parte è tutta imperniata sulla compera in buona fede. I due frammenti di questa seconda parte, nei quali in forma strana si passa alla donazione, sono, come vedremo, interpolati (L. 11, §§ 3-4, *h. t.*). Finalmente Nerazio nella L. 17 pare che non concepisca a base della Publiciana altro negozio che la compravendita: la Publiciana è stata inventata « ut is *qui bona fide emit* possessionemque eius *ex ea causa* nactus est, potius rem habeat (L. 17, *h. t.*) ».

La *iusta causa*, aggiungiamo, è un concetto, che ha la sua genesi e il suo significato nell'*in bonis*. Io ne ho già disegnato in un altro studio le ragioni (1). Essa allude ai motivi apprezzati dal Pretore, alle *iustae causae* magistratuali, pubbliche, a rapporti più che a negozî. La compra-

(1) V. sopra lo studio sull'*in bonis habere*, pag. 374 e 375.

vendita è invece un negozio e il più concreto, il più privato possibile (1).

Finalmente un'ultima considerazione. Nel pensiero comune, anche non espresso, il concetto della *iusta causa* è una generalizzazione portata specialmente dalla necessità di riabbracciare i due tipi antitetici della compra-vendita e della donazione, in generale i trasferimenti eseguiti sulla base di un corrispettivo, che si riducono alla prima, e quelli giustificati meramente dallo spirito di liberalità: la distinzione bizantina e moderna del titolo oneroso e del titolo gratuito è lo specchio di questa concezione. Di fronte ad essa il diritto romano classico, come risulta dalle nostre osservazioni, non mira tanto al negozio, quanto al rapporto, poichè si ispira precisamente agli acquisti garantiti dal Pretore sulla base di un mero rapporto costituito di autorità pubblica.

Ma in ultima analisi, anche chi voglia trasportare nel diritto romano classico la concezione bizantina e moderna, non può giungere a diverse conclusioni dalla nostra circa il tema della Publiciana, perchè la posizione della donazione è tanto rispetto all'*in bonis*, quanto rispetto alla *possessio bonae fidei*, d'una strana ambiguità, sicchè rispetto a questa ultima, in cui spariscono le cause giustificative dell'*in bonis*, non emerge netta se non la figura della compra-vendita, e, se si vuole, le figure ad essa affini.

---

(1) Forse questa esegesi ci porge pure la chiave di quell'inesplicabile frammento che è la L. 1, § 2: « Sed cur traditionis et usucapionis dumtaxat fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ». Siamo d'accordo col Perozzi (l. c., pag. 71) nel ritenere interpolato l'unico esempio addotto da Ulpiano di queste *multae iuris partes*, cioè la frase *ut puta legatum*. Ma noi crediamo che il pensiero di Ulpiano fosse rivolto a mettere in luce che la Publiciana, malgrado la lettera edittale, non difendeva soltanto la *traditio ex iustà causa*, ma qualunque ipotesi d'*in bonis*, che poteva essere stabilito anche indipendentemente da una vera e propria *traditio* compiuta di accordo tra le parti. Le *multae iuris partes* dovevano essere le *iuris partes, quibus in bonis nostris res fieri possunt*.

Esaminiamo i testi. Nella prima parte, cioè nel commento relativo all'*in bonis*, vi ha un testo inserito tra la compra-vendita del furioso e la compra-vendita del minore (cioè nel diritto classico del pupillo), il quale contempla nei termini seguenti la donazione:

L. 7, § 3, *h. t.* « Sed et si quis *ex lucrativis causis* rem accepit, habet Publicianam, *quae etiam adversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor qui liberalitatem accepit* ».

Il testo è senza dubbio ritoccato dai compilatori, come è stato riconosciuto tanto dal Perozzi, quanto dal suo critico, il Pacchioni. Il Perozzi osserva: « La proposizione: *est enim iustus possessor et petitor qui liberalitatem accepit*, è anche essa bizantinamente ridondante, ed è poi superflua o, a dir meglio, inutile. Che giustificazione si ha della estensione della Publiciana del donatario quando si è detto che è *iustus possessor* o peggio che è un *iustus petitor?* La *iusta possessio* è una frase classica, ma non un concetto classico, perchè troviamo questa frase usata in più sensi. La *iusta petitio*, poi, nè è una frase classica, nè è un concetto classico » (1). E il Pacchioni: « Mi sembra fuor di dubbio che nel frammento 7, § 3, siano interpolate le parole: *est enim iustus possessor et petitor qui liberalitatem accepit:* non le precedenti, che sono le più importanti all'attuale riguardo » (2).

Ora certamente le parole appuntate costituiscono uno spiccato emblema dei compilatori. Basterebbe a dimostrarlo il motivo del *iustus possessor* o della *iusta possessio:* che questa frase si adoperi in più sensi nel linguaggio classico non è probabilmente esatto, perchè i pochi testi in cui essa torna nel senso di *possessio ex iusta causa*, anzichè di *possessio non vitiosa*, sono tutti più o meno, come il presente, assai dubbî. Ma l'interpolazione non si può limitare unicamente a quell'emblema. Già la stessa *lucrativa causa* usata

---

(1) Perozzi, *Bull.*, loc. cit., pag. 63 e 64.

(2) Pacchioni, *Bull.*, loc. cit., pag. 126.

non già in senso riprovevole, bensì in opposizione alle cause onerose, è concetto bizantino, e l'emblema finale (rilevato dal Perozzi e ammesso dal Pacchioni) nella sua singolare enfasi par rispondere precisamente con energia ad un avviso contrario, di cui l'interpolatore con far risentito stupisce. La chiave è per me nelle parole *quae etiam adversus donatorem competit*. La Publiciana non poteva, in tema di *personae non exceptae*, competere nel diritto classico contro il donatore; vi si opponeva il divieto della *lex Cincia*, che il Pretore fa rispettare con eccezioni o denegazioni, per lo meno dei suoi proprî mezzi e il regime sulla base da essa stabilito, il quale emerge con tutta nettezza dai frammenti Vaticani ed è notissimo: il donatore in possesso della cosa respingeva qualunque attacco. Ulpiano pertanto doveva dire precisamente il contrario: e i compilatori, che forse non comprendono nemmeno, certo non sentono le ragioni della sua negativa, ispirate ad un regime avverso alle donazioni, non si contentano di porre l'affermativa, ma soggiungono con forza che chi riceve una liberalità è giusto possessore e legittimo assertore del suo diritto anche di fronte al donatore.

Questo ragionamento è confermato dalla L. 12 pr., *h. t.*, di Paolo. Qui si concede bensì la Publiciana anche contro il donatore (*sive extraneus sive donator possideat*); ma trattasi precisamente di *personae exceptae* (1) e si nota espressamente: *Cum sponsus sponsae servum donasset..... nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam.*

Per la *possessio bonae fidei* abbiamo il seguente testo dello stesso Ulpiano:

L. 11, § 3, D. *h. t.*: « Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore quo experiar, furtivam matrem ignorem.

---

(1) *Fragm. Vat.*, 302.

§ 4: « Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis Publicianam habebo ».

Interdum! Perchè *interdum?* e perchè per usucapire il parto, se la schiava è stata non venduta, ma donata, si richiede la buona fede *eo tempore quo experiar?* Perchè non basta che sia concepito e nato presso il possessore di buona fede?

Sull'*interdum* si è potuto sorvolare. Ma l'inciso finale poneva un requisito preciso che non era possibile trattare così *cavalièrement.* Se non che questo requisito è talmente incomprensibile che non si può mantenere. Cuiacio per il primo propose l'emendazione del testo in *et pariat* e il Mommsen sulle orme del grande esegeta, corregge *ea pariat.* L'emendazione è ingegnosa, ma dimentica il momento della concezione e non rispetta la legge dei tempi. La lezione del testo è d'altra parte confermata dai Basilici.

Altri (Pernice, Lenel) sospettarono un'interpolazione o un glossema.

È il vezzo pericoloso di adoperare imprudentemente il motivo dell'interpolazione come un ripiego per trarsi fuori dalle peste: qui non vi ha traccia di alterazione e il principio, se è per noi poco chiaro, gli è appunto perchè non è in armonia, ma in contrasto aperto col diritto giustinianeo, che noi conosciamo troppo bene. Ben a ragione il nostro Zanzucchi, il quale ha esaminato lungamente questo frammento, ha dedotto da esso e da altri testi, nonchè dalla precisa notizia di Giustiniano nella L. 1, § 3, C., 7, 31, il principio che nelle donazioni si richiedesse la buona fede *perpetua* a fine di usucapire (1). Il parto si può usucapire, benchè la madre sia affetta da vizio di furtività, perchè esso non è parte della cosa furtiva come avverte Ulpiano

(1) Zanzucchi, *La «successio» e l'«accessio possessionis»* in *Arch. giur.*, vol. LXXII, 1904, n. 51, pag. 75-83 dell'estratto.

in un frammento collegato con questa discussione (1); ma poichè la madre è stata donata e non venduta, si richiede anche pel parto la buona fede perpetua, cioè al momento stesso in cui si esperisce l'azione.

Circa il paragrafo successivo il Perozzi osserva: « *Generaliter* è interpolato; è noto infatti che cotesto avverbio è post-classico. Anche nella proposizione finale incontriamo ancora delle stroncature: « ...ex omnibus igitur causis... » di che? « Publicianam habebo... » Per quali cose? e che nesso logico c'è tra questa sentenza e ciò che precede? Come può dal fatto che la causa che varrebbe per usucapire la madre, se non fosse furtiva, vale per usucapire il parto, desumersi con un « igitur » che dunque per tutte le cause, si deve sottintendere d'usucapione, compete la Publiciana, si deve intendere per tutte le cose usucapibili? » (2). Le osservazioni del Perozzi sono giustissime, sebbene io non creda alle sue illazioni. È evidente lo sforzo dei compilatori di riconoscere la donazione come *iusta causa* della Publiciana pari ad ogni altra, ond'essi profittano di una discussione incidentale sul parto della schiava per inserirvi una dichiarazione generale relativa alla Publiciana in tema di donazione. Forse la Publiciana era riconosciuta dai giuristi in casi specialissimi, come quelli del parto, circa il quale si può forte dubitare se tutti fossero d'accordo con Giuliano nel ritenere che il titolo di usucapione del parto fosse quello stesso della madre, o se invece si ritenesse un titolo indipendente *pro suo*. Ad ogni modo i Proculeiani, che concedevano a qualunque terzo la *exceptio legis Cinciae* (3), dovevano probabilmente rifiutare o elidere sempre la Publiciana negli acquisti sulla base della donazione.

---

(1) L. 10, § 2, D., 41, 3 in fine; cfr. L. 26, D., 50, 16, e Lenel, *Pal.*, Ulp., n. 674.

(2) Perozzi, loc. cit., pag. 64.

(3) *Fragm. Vat.*, 266: « semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solum ipse, verum, ut Proculeiani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio ».

6. Le considerazioni che abbiamo espresse sulla opposizione intrinseca tra le due parti del frammento, sulla relazione della prima parte con l'*in bonis*, della seconda con la *possessio bonae fidei*, direi anzi più precisamente con la compera in buona fede, ci spianano la via anche per la soluzione dell'altro nodo dell'enigma, parallelo all'*id quod traditur*, cioè l'inciso *qui bona fide emit*. D'accordo oramai che quelle parole sono fuori dell'Editto della L. 1. Ma che cosa costituivano esse?

L'idea dello Schirmer, che ha sedotto alcuni romanisti, come l'Appleton e l'Erman, è certo a prima vista attraente, ma in fondo essa non è null'altro che un ripiego ingegnoso ed artificiale.

Di simili passaggi dall'Editto alla formula non abbiamo esempi, come confessano gli stessi autori, ma, quello che più importa, l'Editto della L. 1 non ha proprio di mira il *bonae fidei emptor*, e d'altra parte il commento a quella frase di transizione è troppo imponente.

La distinzione cronologica proposta dal Pacchioni tra un Editto pregiulianeo e un Editto giulianeo non è che la espressione di un effettivo e impressionante contrasto, che par quasi una contraddizione nelle nostre fonti, culminante nei testi opposti di Gaio e di Nerazio. Ma di fronte al commento ulpianeo, che distingue nettamente le due parti, questa congettura non si può accogliere. È impossibile che Ulpiano commentasse prima l'Editto giulianeo, indi l'Editto pregiulianeo. Tutto quanto abbiamo ragionato e, più che ragionato, mostrato finora, trascina fatalmente ad una conclusione.

A partire dalla L. 7, § 10, Ulpiano commenta un altro Editto (se si vuole, una clausola accessoria all'Editto principale) ovvero una formula. La prima è l'opinione antica del Lenel, la seconda è l'opinione nuova. Propendo per la seconda: le parole *qui bona fide emit* sono parte di una formula relativa al possesso di buona fede, lievemente alterata, come suppone il Lenel (*si quem hominem*... bona fide emit),

o redatta nella forma che suppone il Carusi. Di un Editto per questo fine non c'era bisogno. L'Editto della L. 1 pr. era originariamente concepito per l'*in bonis*, ma nella sua larga dizione (dovendo abbracciare tutti i casi d'*in bonis* di autorità pretoria non poteva limitarsi alle *res mancipi*), esso si prestava a riassumere anche la difesa dell'alienazione di *res mancipi* o *nec mancipi* compiuta *a non domino*. Bastava a questo fine che il Pretore vi avesse riguardo con una formula speciale. La formula gaiana è quella dell'*in bonis*, le Pandette ci conservano probabilmente un frammento della formula relativa alla *possessio bonae fidei*. Supporre col Pernice e col Gradenwitz (1) che le parole *bona fide* siano interpolate nel testo ulpianeo è di nuovo abusare della critica delle fonti senza nè indizio nè motivo di interpolazione, anzi contro ogni indizio e ogni ragione: tutto il commento di Ulpiano insiste sulla *bona fides* e inoltre, osserva giustamente il Lenel, Teofilo, buon conoscitore delle formule classiche, attesta per l'esistenza della *bona fides* nella formula. In questa parte, relativa alla formula della *b. f. possessio*, noi non facciamo in sostanza che ribadire e corroborare i risultati del Lenel.

Quello che noi rechiamo di nuovo è la restituzione dell'Editto, che rispecchia l'estensione operata da Giustiniano nell'àmbito della Publiciana, che, mentre da un lato si separava dalla sua più vigorosa e originaria propaggine, l'*in bonis*, si ampliava dall'altro lato fuori dell'àmbito della proprietà, ai *iura*: estensione che invano gli scrittori hanno voluto gittare nelle formule classiche, mentre essa non è che l'aspetto processuale di un'alterazione sotto ogni riguardo parallela e vasta operata dai compilatori nei vetusti istituti del possesso, della tradizione e della usucapione.

---

(1) Cfr. GRADENWITZ in *Zeitschr. der Sav. Stift.*, vol. XII, 1891, pag. 134-137, e vol. XXIV, 1903, pag. 238 e nota 1.

Appendice. — Nella redazione dell'Editto publiciano quale ci è offerta dal Digesto *id quod traditur* non può alludere che al fatto di una tradizione avvenuta. Ma che questo fatto, il quale in qualunque ipotesi precede sempre la petizione ed il giudizio, sia indicato con un presente, non par conforme alla logica *consecutio temporum*, così rigidamente osservata nella sintassi latina. L'uso del linguaggio latino richiederebbe che fosse espresso al passato, e nel caso nostro, poichè tutta la ipotesi è posta nel tempo futuro, dovrebbe esprimersi nel futuro passato.

Il testo giustinianeo pertanto sembra che rechi una stonatura grammaticale. E la singolarità non isfuggì nemmeno alla considerazione dei primi interpreti del *Corpus iuris* in Occidente. Già i glossatori si preoccuparono di giustificare un siffatto uso: Accursio osserva che anche in una legge del Codice (Imp. Leo, a. 468 p. C., L. 28, § 2, Cod. *de episcop. et cleric.*, 1, 3), è detto *oritur* invece di *ortus est* (« civitatis, ex qua testator oritur »). Da indi in poi tutti coloro che vollero giustificare quel presente, ripeterono come domma di fede la massima *praesens pro praeterito saepe ponitur*. Così Cuiacio, *Recitat. sollemnes* in *Tit. de Publ. in rem actione*, 6, 2; Noodt, *Comm. ad h. t.*; Guyet, *De Public.*, pag. 30; Obrock, *De Public.*, pag. 9; Cuq, *Nouv. Rev. hist. de dr.*, 1877, pag. 625; Carusi, *Publiciana*, pag. 29 e 30; Brezzo, *Arch. giur.*, vol. XLIII, pag. 273. Lo Schulin, *Krit. Vierteljahreschr.*, vol. XVIII, pag. 345, anch'egli si risolve per il *traditur*, asserendo « che non può esser considerato come illogico ». Il Pellat, il Gimmerthal e il Rudorff vi si attengono senz'altro nelle loro restituzioni.

Altri preferiscono di attribuire ai compilatori o agli amanuensi un vero errore nel testo edittale, e, provandosi di darne una restituzione, ebbero cura di sostituire nel primo membro al *traditur* un passato indicativo o participiale. A questa schiera appartengono, oltre l'Eineccio, che fu il primo, anche molti altri scrittori antichi, come il Westenberg, il Reinold, il Huber, il Hotmann e il Fabrot. Fra i moderni il Puntschart, il Huschke, il Mommsen, il Brinz, lo Schirmer e il Cogliolo.

È utile pertanto istituire l'esame se la genuinità della frase in quel senso si possa ammettere. È possibile una costruzione sintattica cosiffatta nella lingua latina? È possibile nell'epoca che corre tra l'inventore e l'ultimo rimaneggiatore dell' Editto prima dei compilatori giustinianei Salvio Giuliano? Gli Editti del Pretore, come tutte le *leges* romane, figurano quasi direi, plasticamente, i momenti del precetto legislativo; vale a dire o presentano schiettamente la costruzione ipotetica del pensiero legislativo (una condizione di fatto — fatto giuridico — cui si riconnette una data conseguenza giuridica) oppure si possono facilmente ridurre a quella forma. L'Editto publiciano appartiene senz'altro alla prima categoria. Esso è un periodo ipotetico puro che posa due condizioni nella protasi (il fatto giuridico della *traditio ex iusta causa* e la petizione; poco importa, come diremo, per il caso nostro che la prima condizione sia espressa in forma relativa) e la solita conseguenza nell'apodosi (la promessa di un giudizio, l'azione, vale a dire il riconoscimento del diritto acquisito in base alla tradizione).

Esaminiamo prima, seguendo i grammatici, la costruzione del periodo ipotetico nella lingua latina per quella parte che fa al caso nostro; appresso, indipendentemente, vedremo la forma e gli usi delle fonti legislative.

Rispetto ai modi del periodo ipotetico latino, i grammatici distinguono diverse forme, e c'è anche tra loro controversia grave. Fortunatamente questo punto niente importa per noi. Trattandosi di un periodo ipotetico legislativo, s'intende da sè che s'hanno a escludere tutte quelle forme che esprimono un pensiero ipotetico impossibile o anche semplicemente dubbioso; la condizione dev'esser possibile, la conseguenza assolutamente certa. Un tipo siffatto pertanto conterrà sempre nella protasi le forme della possibilità (indicativo o almeno congiuntivo potenziale), nell'apodosi le forme dell'asserzione assoluta o del comando (indicativo o imperativo o congiuntivo imperante).

Quanto alla correlazione temporale, poichè la legge non può riconoscere e affermare che una conseguenza si abbia se non a partire dal momento in cui fu emanata, è manifesto che l'apodosi, esprimente la conseguenza giuridica, potrà essere formulata indifferentemente nel futuro o nel presente, giammai nel passato. Ma qual è nell'un caso e nell'altro il tempo corrispondente della protasi?

Quando l'apodosi è al presente indicativo, la protasi regolarmente si costruisce al presente o al perfetto dell'indicativo, secondochè indichi un momento presente rispetto all'apodosi, cioè ponga come condizione un fatto che avviene o dura ancora al momento dell'apodosi, ovvero indichi un momento passato rispetto all'apodosi, un fatto chiuso al momento dell'apodosi. E non vi potrebb'esser difficoltà nemmeno se si volesse tener di mira il momento in cui parla il soggetto, perchè questo e il momento dell'apodosi combaciano insieme (Vedi Kühner, ***Ausführliche Grammatik***, etc., Hannover 1877-79, vol. II, parte II, § 213, pag. 921; *ibid.*, vol. II, parte I, § 36, nota pag. 110; Draeger, ***Historische Syntax der lat. Spr.***, Leipzig 1878, vol. II, pag. 672 *a*; 676 *f*; 677 *b*; 678 *d*). Lo stesso è a dire se nell'apodosi sia un imperativo, che funge da presente, come dicono i citati grammatici.

Più raramente, ma non tanto di rado ne' vecchi autori comici, tornano le seguenti forme nella protasi: futuro semplice e futuro anteriore, presente o perfetto del congiuntivo potenziale (Kühner, vol. II, parte II, § 214, pag. 926, n. 6, pag. 927, n. 2; Draeger, vol. II, pag. 682 *e*; pag. 684 *f*; pag. 688 *b*). Le quali forme tornano abbastanza numerose nel linguaggio dei giuristi, come si può vedere facilmente; e i motivi sono da rinvenire non tanto nella decadenza delle forme classiche, quanto nell'uso frequentissimo, normale del periodo ipotetico presso i medesimi e nelle svariatissime figure, sotto le quali si può presentare l'ipotesi pratica del giurista.

Quando invece l'apodosi è al futuro indicativo (o all'imperativo con funzione di futuro), siccome la condizione si suppone normalmente che sia un passato rispetto a questo futuro, la protasi di regola si esprime al futuro anteriore. Questa costruzione, puramente eccezionale nelle

lingue moderne, è la costruzione tipica e di gran lunga la più frequente nella lingua latina (Kühner, vol. II, parte I, § 37, pag. 111, 1; vol. II, parte II, § 214, pag. 927, nota 2; Draeger, vol. II, pag. 682 *b*, *e*). Ma quando si può considerare la protasi come un momento contemporaneo all'apodosi, allora s'usa pure in quella il futuro semplice (Kühner, vol. II, parte I, § 36, pag. 109, n. 2; vol. II, parte II, § 214, pag. 927, nota 3; Draeger, vol. II, pag. 681 *a*).

Anche qui ben di rado s'usa negli scrittori classici la protasi al congiuntivo potenziale. Dicono i grammatici che questa costruzione va sempre più scomparendo a cominciar dall'epoca classica (Cfr. Draeger, vol. II, pag. 690 *b*). Ma di nuovo si può osservare che questa forma non è affatto straniera al linguaggio dei giuristi, e massime degli ultimi giuristi.

S'usa mai nella protasi il presente o il perfetto dell'indicativo? Sì, ma in rarissimi casi, come avvertono e mostrano i grammatici, perchè allora s'abbandona la correlazione tra i due membri del periodo ipotetico; e s'abbandona per conseguire intenti ed effetti speciali, benchè avvertano pure i grammatici che questo reggimento quasi scompare nell'epoca della letteratura classica.

L'intento che si vuol conseguire con questi usi anormali è appunto di mostrare e far sentire con tutta l'efficacia, quando s'usi il presente, che il fatto, posto come condizione, si avvera *precisamente nell'istante in cui parla il soggetto*, non prima nè poi, o, ch'è quasi lo stesso, di presentare enfaticamente quel fatto come imminente in quell'istante; quando s'usi il perfetto, che nell'istante in cui parla il subbietto già s'è avverato quel fatto. Per questi motivi, l'anomalia (come la dicono i grammatici) si osserva quasi esclusivamente nei comici e nelle concioni.

Ed acciocchè si vegga palese la natura e lo stile dei luoghi in cui si riscontra questa anomalia, li rechiamo senz'altro dai grammatici: Plautus, *Mil.*, 453: « te nusquam mittam, nisi *das* (sull'istante) firmatam fidem »; *Pers.*, 827: « malum ego vobis dabo, ni *abitis* (immediatamente, dietro la minaccia) »; Sallustius, *Cat.*, 58, 9: « si *vincimus*, omnia nobis tuta erunt »; Cic., *Fam.*, 16, 1, 2: « si *statim navigas*, nos Leucade consequere »; *Verr.*, IV, 39: « moriere virgis, nisi signum *traditur!* (sul momento) »; Livius, 5, 4, 10: « perficietur (*sc.* bellum) si *urgemus* obsessos, si non ante *abscedimus* quam spei nostrae, etc. »; 6, 24, 9: « ego, ni *restituitur* pugna, fortunam cum omnibus, infamiam solus sentiam »; Cic., *Fat.*, 6, 12: « Si Fabius oriente canicula *natus est* (si sa intanto o si suppone ch'egli sia già nato) Fabius in mari non morietur »; Livius, 22, 60, 14: « si tanta clades vilem vitam non *fecit*, nulla faciet » (Cfr. Kühner, vol. II, parte I, § 31, pag. 90 e 91, 7; § 36, pag. 109 nota; vol. II, parte II, § 213, pag. 921; Draeger, vol. II, pag. 674 *d*; 678 *c*).

Esaminiamo ora le fonti legislative, che i filologi trascurano assolutamente insieme a tutte le fonti giuridiche.

Del primo tipo di periodo ipotetico legislativo porgono esempî le leggi romane coll'apodosi nell'imperativo, inteso in funzione di pre-

sente. È questo il tipo costante delle leggi più antiche; non si ritrova invece mai nelle leggi più tarde. E in simile tipo le leggi adoperano costantemente con un rigore inflessibile il presente o il perfetto indicativo, secondo i casi, nel primo membro; non mai le forme secondarie di protasi.

LEGGI. — LEGES NUMAE: « Si hominem fulmen Iovis (?) *occisit*, ne supra genua tollito. — Homo si fulmine *occisus est*, ei iusta nulla fieri *oportet* » (FESTUS, v. *Occisum*).

« Si qui hominem liberum dolo sciens morti *duit*, paricidas esto » (FESTUS, v. *Parric.*).

« Si quisquam aliuta *faxit*, *ipsos* Iovi sacer *esto* » (FESTUS, v. *Aliuta*).

LEGES SERVII TULLII: « Si parentem puer *verberit*, ast olle *plorassit*, puer divis parentum sacer *esto* ».

LEGES XII TABULARUM: « Si in ius *vocat ito;* ni *it antestamino* ».

« Si *calvitur* pedemve *struit*, manum *endo jacito* ».

« Ni *pacunt*, in comitio aut in foro ante meridiem caussam *coiciunto* ».

« Si plus minusve *secuerunt*, se fraude *esto* ».

« Si intestato *moritur* cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam *habeto* ».

Non rechiamo altri esempî dalle XII Tavole, perchè in quel vetusto Codice è questo il tipo costante come il più semplice e il più scultorio, e ritorna trenta volte. S'hanno solo tre esempî col futuro semplice nella protasi (sempre *si volet* o *nolet*); due col futuro anteriore « fraudem *fecerit* » e « libripensve *fuerit* », ma è ragionevole pensare che trattisi di un'alterazione di SERVIO e di GELLIO, e che il testo originario dicesse *faxsit* e *fuit;* alterazione troppo ovvia e non nuova affatto per queste forme.

LEX AQUILIA. — 3° capo: « Ceterarum rerum... si quis alteri damnum *faxit*... quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum aes domino dare damnas esto » (ULPIANUS, L. 27, § 5, D. *ad Leg. Aquil.*, 9, 2).

LEX SILIA DE PONDERIBUS PUBLICIS: « Si quis magistratus adversus hac... *faxit jussitve* fieri dolumve *adduit*, etc. » (FESTUS, v. *Publica pondera*).

LEX CINCIA DE DONIS ET MUNERIBUS: « Si quis a servis... *accipit duit* is » (*Vatic. Fragm.*, 307).

Ma già nel sesto secolo di Roma o almeno sulla fine di esso questo tipo non compare più nelle leggi: e non compare pertanto mai nella parte giurisdizionale dell'Editto pretorio. Le leggi posteriori comandano, promettono sempre al futuro, e per questa ragione d'uso e di pensiero legislativo un simile tipo, del resto grammaticalmente affatto regolare, torna ormai incompatibile.

Invece, per la stessa ragione, trovandosi l'apodosi al futuro, il periodo ipotetico delle leggi romane più recenti e dell'Editto pretorio è rappresentato dal secondo tipo: vale a dire corrispondente all'apodosi nel futuro imperativo (Leggi) o nel futuro semplice indicativo (Editto pretorio) è la protasi al futuro semplice o al futuro anteriore.

Circa talune leggi, le meno recenti di questo tipo, potrebbe nascere qualche dubbio se veramente il testo genuino fosse quello che ci vien

tramandato dagli autori, o se gli autori l'abbiano un poco accomodato allo stile del tempo loro. Non sembra straniera nemmeno alle *leges* propriamente dette di Roma una specie di evoluzione, lenta e riguardosa per vero, non solo nello spirito interno, ma anche nella forma esteriore; e ciò, sia per la natura storica dello sviluppo legislativo romano, che si facesse sentire anche nel testo formale della legge, sia per lo strabocchevole numero di leggi, di cui talora non serbavasi il testo ufficiale nemmeno nell'età classica, o, se anche serbavasi, in sostanza la fonte più comune era la tradizione e il commento del giurista; ed è noto che nei secoli più tardi furono appunto le opere dei giuristi che presero assolutamente il luogo delle leggi più antiche (*iura*). Nè infine è fuor di proposito ricordare che i testi più numerosi e più puri delle leggi antiche ci derivano dai grammatici, non dai giuristi.

E il dubbio, cui s'accennava, potrebbe nascere per la legge meno recente, tra le note, che sembri appartenere a questo tipo, la Lex Aquilia del 467 u. c. Il primo capo, come è riferito da Gaio, L. 2, D. *ad Leg. Aq.*, 9, 2, ci offre nella protasi un futuro anteriore: « Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem *occiderit*, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes domino dare damnas *esto* ». Ora non è improbabile che nel testo originario fosse invece *occisit*. Nel terzo capo della stessa legge, sopra riferito conserva bene Ulpiano l'originario *faxit*. Eppoi un'altra lieve alterazione è stata veramente compiuta in questa legge da Gaio e da Ulpiano, come osservò primo il Cuiacio: *domino* in luogo di *ero* (Cfr. L. 1, § 6, D. *h. t.* « actio ero competit hoc est domino »). Infine la *Lex Silia de ponderibus publicis*, che sembra posteriore o al più contemporanea alla *Lex Aquilia*, appartiene ancora pur essa al tipo precedentemente esaminato.

Forse, ma più debolmente, qualche dubbio di tal genere potrebbe nascere per talune parti della *Lex Cincia de don. et mun.* dell'anno 550 u. c. riferite da Paolo, *Vatic. Fragm.*, 298, 304, 305, comparandole con una parte in cui spunta il vecchio tipo, e scorgesi anche un linguaggio schiettamente arcaico (*Vatic. Fragm.*, 307: riferita sopra). A ogni modo siffatte alterazioni, se paion probabili, e le simili, cui abbiamo accennato nelle XII Tavole, e le varianti d'ogni specie, di che s'ha esempio nei testi legali, e principalmente nei testi delle XII Tavole, rispecchiano forse quello spirito di evoluzione nella forma, cui si faceva richiamo, tanto più se si osservi (e qui è fuor di luogo intrattenervisi) che nei pochi casi, in cui s'hanno diverse varianti, ciascuna è in armonia collo stile dell'epoca cui appartiene l'autore che riferisce il testo. Sicchè anche nei testi più immutabili, come sarebbero i testi delle *Leges* proprie, ciò che torna troppo sgradito alle orecchie dei parlanti di un'altra epoca, si ammorbidisce o si smussa, quand'anche non trattisi di cosa recisamente contraria al pensiero e allo spirito del linguaggio latino, ma soltanto di simpatie diverse dell'uso legislativo.

Checchè sia di ciò, certo è che tutte le leggi posteriori sono esattamente e rigorosamente costruite secondo il nuovo tipo. Citiamo,

secondo il solito, quelle soltanto nelle quali la forma del periodo ipotetico si riscontri chiaramente: Lex latina tabulae bantinae (tra il 625 e il 631 u. c.) *passim*; Lex Iulia agraria (Mamilia Roscia, etc.) a. 695 K.L.III e V; Lex Rubria de Gallia cisalpina (tra il 705 e il 712) *passim*: Lex Iulia municipalis, a. 709 *passim*; Lex Ursonensis a. 710 *passim*; Lex Iulia de adulteriis, a. 736; Lex Malacitana, a. 81-84 p. C. *passim*, etc.

Ed è questo, come s'è detto, il periodo ipotetico dell'Editto pretorio, almeno in tutta la parte principale (vedremo perchè l'Appendice fa eccezione). Si potrebbe rimandare a tutte le disposizioni dell'Editto pretorio, salvo le eccezioni predette, ma sarà meglio tenerci, com'è nostro proposito, alla forma schietta del periodo ipotetico. Considerando adunque questa sola e lasciando anche da parte due o tre casi nei quali il periodo ipotetico s'ha in costruzioni subordinate, basterà dire ch'essa torna ottantuna volte, e se s'aggiunge anche l'Editto degli Edili, novantatre volte e tante volte il periodo è costruito secondo questo tipo (Cfr. gli Editti: *Si quis ius dicenti; Si quis in ius vocatus; Quod quisque iuris* (il periodo ipotetico è nell'ultima parte); *De in ius vocando; De postulando; De negotiis gestis: De dolo malo; Ex quibus causis maiores, etc.*). Naturalmente qui si prescinde sempre in tutto e per tutto da qualunque ricostruzione. Nè meno istruttiva è la regolare costruzione del primo membro in questo tipo, quale si ritrova nell'Editto del Pretore e degli Edili; la protasi è trentotto volte col futuro passato e venticinque volte col futuro semplice *dicetur* e l'infinito passato del verbo essenziale, il che in sostanza torna lo stesso come fosse al futuro passato: non più che trenta volte al futuro semplice, e d'ordinario è assai facile in quest'ultimo caso scorgerne la ragione nella contemporaneità evidente coll'apodosi (Cfr., per esempio, protasi cosiffatte: « *si alia actio non erit, si iusta causa mihi videbitur, etc.* »).

Quanto alle poche volte (sette in tutto), in cui si ha una protasi col congiuntivo potenziale (*Si pars hereditatis petatur; si usus fructus, si ager vectigalis petatur, etc.*) in certe proposizioni ipotetiche che costituiscono talune rubriche di titoli del Digesto (una di queste è la rubrica di un titolo delle *Sententiae* di Paolo, 1, 13 *b*: *Si hereditas petatur*), e costituivano, come ragionevolmente si presume, rubriche dell'Editto, è troppo evidente che qui trattasi di costruzione indiretta di tutto il periodo ipotetico per lo scopo appunto della rubrica (ch'è un periodo interrogativo indiretto), e se il periodo ipotetico fosse completo, si vedrebbe anche la proposizione principale al congiuntivo. Ne abbiamo infatti pure l'esempio in qualcuno che trovasi completo: « Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur ». Per vero questa costruzione della protasi così nel tipo esaminato, come nel precedente, non sarebbe nè illogica, nè senza esempio, come s'è visto, nel linguaggio latino: è bensì rarissima nell'epoca classica, ma non tanto rara nei vecchi comici e, aggiungemmo, nei giuristi. Sarebbe però se non anormale, eccezionale nell'Editto del Pretore: non tanto perchè lo svolgimento dell'Editto pretorio si è già chiuso col principio dell'êra

d'argento, quanto perchè, come si è pure notato, la forma dubitativa non conviene di regola all'ipotesi legale.

Nondimeno la cosa non è senza esempio nell'Editto pretorio: è bensì probabile che trattisi di leggerissime alterazioni dei giuristi stessi, abbastanza naturali in loro che usano di frequente questa protasi dubitativa, o dei compilatori; e ad ogni modo esse trovansi in periodi che contengono altre protasi al futuro, quasi come concezioni di ipotesi subordinate.

Gli esempî sono i seguenti: « Si — neque is — praesens erit, neque procurator quisquam *existat* »; « Si quis cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit non *restituat;* sive quod impensae sine dolo malo *fecerit ei* non praestabitur; sive dolo malo eius, etc. »; « Si pupilli pupillae nomine postulabitur tempus ad deliberandum et *hoc datum sit*, etc. »; « Interdum causa cognita et si scientia non *sit* in factum actionem permittam ».

Ma si usa mai nelle leggi dell'epoca più recente e nell'Editto del Pretore il primo tipo di periodo ipotetico? Sì, s'usa, ma in figure e casi speciali, il che mostra appunto che, come tipo di periodo ipotetico legale, esso è assolutamente tramontato. S'usa, quanto alle leggi, in quelle che diremmo disposizioni transitorie o in quelle leggi che hanno per iscopo di rimediare a uno stato di cose attuale e per conseguenza di riconnettere effetti giuridici a fatti presenti o passati.

Trovasi pertanto in talune disposizioni delle leggi agrarie, che hanno più spesso questo carattere: citiamo, per recare un esempio di periodo ipotetico puro, il seguente della Lex Agraria dell'anno 643: « Sei quis eorum quorum age)r supra scriptus *est*, ex possessione vi *eiectus est* utei is, qui ita vi eiectus est, in eam possessionem unde vi eiectus est, restituatur ».

In questi casi, come ognun vede, la cosa è tanto logica che non c'è possibilità di esprimersi altrimenti. Ma perciò appunto questo tipo non è e non potrebb'essere il tipo dell'ipotesi legislativa normale. Parimente questo tipo, sfuggito costantemente in tutta la parte principale dell'Editto, ritorna — e ciò è abbastanza istruttivo — nella parte interdittale. Perchè? La ragione è ovvia. Gli interdetti rappresentano semplicemente un comando *attuale*, in base a circostanze che si sono verificate o che durano tuttavia. Quindi come il tempo futuro sparisce dalla protasi, così parimente sparisce dall'apodosi; in sua vece trovasi l'imperativo, il quale non può essere che in funzione di presente, tanto è vero che spesso il Pretore usa senz'altro il presente (« nuntiationem missam *facio;* vim fieri *veto* »). Questo periodo ipotetico trovasi puro nella parte interdittale quindici volte (Cfr. *Quod legatorum; De tabulis exhibendis*).

Ma è altrettanto degno di nota il fatto che le poche clausole accessorie, in cui il Pretore promette o rifiuta di garentire qualche cosa anche per il futuro, questa forma cessa: l'apodosi non è più al presente, non è più al presente o al passato nemmen la protasi: « Si qua alia actio de superficie *postulabitur*, causa cognita *dabo* ».

Infine per le stesse ragioni s'ha egualmente il primo tipo nelle formule delle azioni (*Si paret*, etc.; Gaius, *Inst.*, IV, §§ 41, 46, 47, 50, 64, 86, 93; Cic., *in Verr.*, II, 2, 12) e nelle eccezioni (Gaius, *Inst.*, IV, §§ 119, 126 *a*; *Fragm. Vatic.*, 310).

Adunque la costruzione regolare, nell'uno o nell'altro tipo del periodo ipotetico legislativo, ossia la costruzione che tale dicono i grammatici, che tale apparisce secondo le leggi del linguaggio latino, almeno fino allo spirare dell'epoca classica, non è tradita mai nelle leggi o nell'Editto; benchè la serie dei casi, che, a render la dimostrazione evidente, noi s'è avuto cura di rilevare minuziosamente, fosse pure stragrande. Ma una proposizione relativa e puramente relativa (non causale, nè finale o altro), racchiusa nella protasi d'un periodo ipotetico puro, devesi considerare e trattare come un momento della protasi? Si, quando sia veramente tale, cioè quando non esprima un fatto certo per sè o per essere stato precedentemente stabilito, e quando non sia una mera perifrasi per indicare persona o cosa, che abbia sempre quelle condizioni e quelle qualità (per esempio, *ii qui audiunt* per significare coloro che sono uditori, non coloro che odono a un momento dato; *ea quae solo continentur:* le cose immobili, ecc.). E pertanto, sempre tenendoci al periodo ipotetico legislativo, quante volte un momento della protasi è espresso in questa forma relativa nel primo tipo, tante volte esso è costruito al presente o al perfetto, secondo i casi, per esempio: « Si intestato moritur *cui suus heres nec escit*, adgnatus proximus, etc. ». — « Si ea pecunia *qua de agitur*, non pro ea *repetitur*, *qua venit neque tradita est* » e simili. Viceversa quante volte un momento della protasi è espresso in questa forma nel secondo tipo, tante volte esso è costruito al futuro semplice o passato, per esempio: « Sei is eam rem *quae ita ab eo petetur deve ea re* (*deve qua illo*) *cum eo agetur*, ei *quei eam* (*rem*) *petet deve ea re aget*..... confessus erit, deixeritve, etc. » (Lex Rubria, *Corpus Inscr. Lat.*, 1, 115, n. 205). — « Si quis negotia alterius sive quis negotia, *quae cuiuscunque... fuerint*, gesserit, iudicium eo nomine dabo ». — *Quod cuiusque salvum fore receperint*, nisi restituent, in eos i. d. ». — « Si is *cum quo agetur* condicione delata iuraverit, eius rei *de qua iusiurandum delatum fuerit* neque in ipsum, etc. ». — « Si is *qui navem exercuerit* in aliena potestate erit, etc. ». — « Sive sua voluntate sive iussu eius *in cuius potestate fuerit* contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius *cuius in potestate fuerit*, ea res redacta fuerit, etc. ». — « Sive *quod natum erit* inspici non licuerit, etc. ». — « Si is *qui testamento liber esse iussus erit*... subripuisse aut corrupisse quid dicetur ». — « *Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit*... si id restitutum non erit... i. d. Si hi, *ad quos ea res pertinebit*, non exhibebuntur, etc. ». — Si quis, cum in possessione bonorum esset, *quod eo nomine fructus ceperit*..... non restituat: sive *quod impensae sine dolo fecerit* ei non praestabitur, etc. ». E simili esempî numerosissimi nell'Editto del Pretore.

Terminato l'esame delle forme ipotetiche pure nelle leggi e nelle emanazioni della potestà pretoria, prima di passare allo studio delle

spurie, ci resta a ribattere talune apparenti eccezioni. L'una è il seguente testo frammentario dell'Editto: « Quod eo auctore, qui tutor non fuerit... si id actor *ignoravit*, dabo in integrum restitutionem ».

Invece di *ignoravit*, il periodo vorrebbe *ignoraverit*. Le due parti riferite di questo Editto sono tratte da due diversi paragrafi di un frammento di ULPIANO (lib. XII *ad Edictum*, fr. 1, §§ 2 e 6, D. *Quod falso tut.*, 27, 6), e in tal guisa l'Editto è riferito dal LENEL, *Ed. perp.*, § 44. Se non che fortunatamente nel frammento successivo PAOLO ripete la parte che a noi importa e usa *ignoraverit:* PAULUS, lib. XII *ad Edictum*, fr. 2, D. *Quod falso tut.*, 27, 6: « Si id, inquit, actor *ignoraverit* ». La forma genuina è senza dubbio nel testo di PAOLO, ed a ragione questa accettava il RUDORFF, *Edicti perpetui quae rel. sunt*, § 43.

Viceversa, l'edizione del RUDORFF pone in un altro testo erroneamente *negavit* (§ 81) invece di *negabit*, come si vuole e come si trova in ULPIANO, lib. XXIII *ad Edictum*, fr. 21, § 2, D. *de nox. act.*, 9, 4.

Un altro testo è un Editto antico tramandatoci da CICERONE (*in Verr.*, I, 45, 117): « Si de hereditate *ambigitur* et tabulae testamenti non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo ».

Così il testo trovasi riportato dal LENEL, *Ed. perp.*, § 149. Ora CICERONE usa veramente due volte *ambigitur*, riferendo le prime parole (*Si de hereditate ambigitur*), ma usa poi regolarmente nel luogo istesso *ambigetur* riferendo il testo dell'Editto per intero. Anche qui l'edizione del RUDORFF non si allontana dalla forma regolare (*Ed. perp.*, § 153).

Un altro è il seguente: « Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius, in cuius potestate *est*, factum erit quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit iudicium dabo » (ULPIANUS, lib. XXIX *ad Ed.*, fr. 1 pr., D. *Quando de pec.*, 15, 2).

Anche qui l'inciso che si richiama al dolo del *paterfamilias* dovrebbe, conformemente alla costruzione della protasi nel secondo tipo di periodo ipotetico (della quale fa parte pure essendo, espresso in forma relativa), contenere un futuro semplice o passato, *erit* o *fuerit*, secondo i casi, non mai *est* o *fuit*, come è la protasi del primo tipo. Invece nel testo di ULPIANO si legge *est*. Se non che il testo è evidentemente erroneo, perchè al momento dell'azione il *filiusfamilias* o il *servus* è morto, emancipato o manomesso, quindi non soggetto alla potestà di chicchessia. Nel testo genuino non poteva trovarsi *est* e nemmeno *erit*, ma *fuerit;* e tanto il MOMMSEN quanto il LENEL (op. cit., § 104) leggono senza esitanza *fuerit*. Del resto « in cuius potestate *erit*, cuius in potestate *fuerit*, *esse dicetur* », sono incisi che tornano più volte nelle protasi di simili periodi ipotetici puri sempre in quelle forme.

Un altro caso è in una parte visibilmente tutta malconcia d'un altro Editto. ULPIANUS, lib. XXXVIII *ad Edictum*, fr. 12, § 1, D. *de public. et vectigal.*, 39, 4: « Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur,

item si damnum iniuria fecerit et *id ad quos ea res pertinet non exhibetur* in dominum sine noxae deditione iudicium dabo ».

Il Mommsen consiglia di scrivere: « et hi... non exhibentur ». Il Rudorff (§ 141): « et si ii... non exhibebuntur ». Più correttamente di tutti il Lenel (§ 138): « hi ad quos ea res *pertinebit* non *exhibebuntur* ». Oltrechè la modificazione è resa necessaria dalla scorrettezza della dizione, per la quale l'inciso non ha nè grammatica, nè senso, il Lenel si richiama al fr. 1 dello stesso titolo, in cui nell'Editto dei publicani per lo stesso inciso è usata la retta costruzione temporale. Ma puranco in questo Editto la dizione non è pienamente corretta per altre parti, perchè nel fr. 1 pr. dove Ulpiano riferisce tutto l'Editto, l'inciso stesso si legge così: « si *id* ad quos ea res pertinebit non *exhibebitur* », e soltanto al § 6, in cui si ripete, per le ragioni del commento, l'inciso isolato, si ha la forma regolare: « si *hi* non exhibebuntur ».

Inoltre, nel primo Editto preso in considerazione, cioè in quello relativo alla *familia publicanorum*, il Lenel reputa che le parole « item si damnum iniuria fecerit » sieno una interpolazione dei compilatori tratta dall'Editto generale sui publicani. Infine anche qui è a notare che l'inciso « ad quos ea res *pertinebit* » torna molte volte anch'esso nella protasi di simili periodi ipotetici sempre in quella forma.

Viceversa, è a ritenere e potrebbe facilmente esser provato che nella legge delle XII Tavole « si adorat furto quod nec manifestum *erit* » il testo originario dicesse « *escit* », poichè nelle XII Tavole il periodo ipotetico legislativo è costantemente il primo tipo.

Non dovremo intrattenerci a lungo sulle forme ipotetiche spurie. Noi chiamiamo forme ipotetiche spurie quelle in cui l'ipotesi è rappresentata da una proposizione relativa; del resto, la conseguenza è sempre espressa in una proposizione asseverativa o imperativa. La proposizione relativa tien luogo di protasi; l'asseverativa è al solito l'apodosi. E in queste forme ipotetiche spurie v' hanno per il caso nostro perfettamente gli stessi tipi, gli stessi usi e le stesse evoluzioni storiche nel linguaggio legislativo. Si potrebbe adunque ripetere tutto ciò che s'è detto e mostrato, distinguendo anche qui le leggi più antiche dalle più recenti e dall'Editto, e l'Editto principale dagli interdetti.

Invece di ripeterci senza frutto, veniamo a spiegare talune deviazioni più che altro apparenti. In primo luogo una cosa che s'è già notata a proposito del periodo ipotetico puro. L'uso del primo tipo (presente o perfetto indicativo nella protasi — presente indicativo o imperativo nell'apodosi) ritorna talora nelle leggi più recenti, ma in configurazioni speciali, quando si voglia riconnettere effetti giuridici *puramente* e *semplicemente* a fatti presenti o passati; per esempio: Lex Ursonensis, c. LXXVIII: « Quae viae publicae itinerave publica *sunt fuerunt* intra eos fines — eae viae eaque itinera publica sunto ». E il simile per le ragioni già dette è negli interdetti.

Affine a questo è un caso particolare molto frequente nelle leggi, e, pare, anche nel più antico Editto pretorio. Per significare con tutta

esattezza che la conseguenza della legge si verifica anche se il fatto giuridico è contemporaneo o anteriore alla sua promulgazione, cioè presente o passato in quel momento, evitando così le questioni e i dubbî della *Lex Atinia*, la proposizione relativa che figura la protasi è messa in due tempi, presente e futuro semplice, ovvero passato e futuro passato; per esempio: Lex Acilia, c. LXXIV: « Quibus quom iudicium *fuit fueritve* ex lege quam L. Calpurnias L. f. tribunus plebei rogavit, etc. ». — Lex Cornelia *de sicariis et veneficiis:* « Quicunque venenum malum (hominis necandi causa) *fecit fecerit* — quive in senatu sententiam *dixit dixerit*, qui eorum *coiit coierit convenit convenerit* (*consentit*) *consenserit*, etc. ». — Lex Iulia municipalis, v. 108: « Quae municipia coloniae praefecturae fora conciliabula civium Romanorum *sunt erunt*, etc. ». — Lex Iulia municipalis, v. 121-123 et Edictum vetus: « Quoive aput exercitum ingnominiae caussa ordo ademptus *est erit;* quemve imperator ingnominiae caussa ab exercitu decedere *jusit juserit;* queive ob caput civis romanei referundum pecuniam praemium aliudve quid *cepit ceperit:* queive corpore quaestum *fecit fecerit;* queive lanistaturam artemve ludicram *fecit fecerit*, etc. ». (A riscontro: Edictum Iuliani, L. 1, D. *de his qui not.*, 3, 2. — Cfr. anche, per le clausole successive, da un lato: Lex Iulia municipalis, v. 117-121; v. 110-117 — dall'altro: Edictum Iuliani, loc. cit.).

Registriamo ora, dandone la spiegazione, taluni usi solo apparentemente eccezionali:

« In eum qui quid eorum *quae supra scripta sunt* non curaverit — i. d. ».

« Earum autem rerum, *quae supra comprehensae sunt*, in ipsum in duplum, in heredem, etc. — i. d. ».

La costruzione delle proposizioni sottolineate è troppo evidentemente giustificata dal fatto che il Pretore si riferisce a uno scritto e ad una esposizione *esistente al momento in cui emana l'Editto, a fatti certi e stabiliti*, non già a fatti che possono verificarsi in qualunque momento.

Il simile è di un altro inciso ordinario: « cuius ea iurisdictio *fuit* quae mea *est* ».

1. « Eius rei de qua iusiurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum, *ad quem ea res pertinet*, actionem dabo ».

2. « Quod natum erit his *ad quos ea res pertinet* ostendatur ».

3, 4. « In eum qui emancipatus aut exheredatus erit quive *abstinuit* se hereditate — actionem causa cognita dabo in *id quod facere potest* ».

5. « In bona eius qui vindicem (Dig. fideiussorem iudicio sistendi causa) *dedit*, si neque potestatem sui faciet neque defendetur, iri iubebo ».

6. « Cognitorem (Dig. procuratorem) ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi *exposuit*, iudicium accipere cogam ».

7. « Si pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur: eos qui *bona possident*, de possessione decedere iubebo ».

8. « Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit. — Idque etiam adversus ipsum, *qui fraudem fecit*, servabo ».

Qui siamo veramente in presenza d'usi più liberi. Per taluni si può bensì sospettare una corruzione del testo (numeri 1, 2, 4, 6). Ma non è necessario nè probabile per gli altri casi. Chi ben osservi, non vede altro se non che nel periodo ipotetico spurio, in cui l'ipotesi è rappresentata da una proposizione relativa, l'uso può essere alquanto più libero, quando o la proposizione relativa vien quasi a intendersi come una perifrasi per indicare un concetto fisso, più che un fatto, o quando la parte principale della disposizione ha già messo in chiaro qual'è la relazione temporale tra il fatto giuridico e le sue conseguenze, mentre la parte accessoria non fa che esprimere un nuovo elemento o un nuovo aspetto del fatto giuridico, cui si riconnette pure la stessa conseguenza.

Però, al contrario, io reputo corrotta una disposizione delle XII Tavole: « Cui testimonium *defuerit*, is tertiis nundinis, etc. ». La lezione conforme allo stile delle XII Tavole sarebbe il perfetto.

Terminata questa minuziosa, ma necessaria analisi, noi possiamo tornare sull'Editto publiciano ed esprimere francamente non la nostra opinione, ma i risultati di fatto dell'analisi stessa.

Di fronte a tutte le forme possibili dell'ipotesi legislativa, di fronte a una serie innumerevole di esempî, che son forniti da qualunque periodo legislativo, perchè qualunque periodo costituirà o una forma pura o una forma spuria d'ipotesi, l'Editto publiciano presenta una singolarità assoluta per più d'un riguardo. Di due condizioni (*traditur-petet*), che non si possono considerare come contemporanee, ma l'una è passata rispetto all'altra come rispetto all'apodosi, quella ch'è passata mai non si trova espressa al presente; giammai — e questo è materialmente visibile anche senza nessun esame interno del pensiero — la protasi di un periodo ipotetico del secondo tipo (apodosi al futuro) non si trova espressa al presente o al perfetto, salvo in quegli usi particolari che abbiam rilevato nelle forme ipotetiche spurie. La forma regolare dell'Editto publiciano non sarebbe adunque stata mai nemmeno *traditum est*, ma *traditum erit*, come appunto sostengono il Lenel, l'Appleton e l'Erman.

Avremmo forse un di quei casi, in cui la conseguenza si riconnette puramente e semplicemente a un fatto presente al momento nel quale il precetto legale si emana? In questi casi abbiamo notato espressamente che il legislatore romano è così formalisticamente rigoroso da mutare il tipo del periodo, e per questi casi ritorna l'antico tipo coll'apodosi pur essa nel presente. Ma negli scrittori classici esempî simili si trovano, sebbene considerati con anomalie dai grammatici, e sono stati singolarmente riportati da noi. È questo il caso dell'Editto publiciano? Evidentemente la supposizione è tanto assurda, che non meritava nemmeno di esser messa avanti, se non fosse per mostrare a quali conclusioni si potrebbe esser condotti, anche qualora vogliasi

menar buono un uso che non è mai quello delle leggi romane neppure in questa supposizione impossibile.

Ed ora, che peso hanno gli argomenti con cui si volle sostenere la regolarità di quel presente? *Praesens pro praeterito saepe ponitur*; sì, ma quando s'usi nelle proposizioni principali. Il cosidetto *praesens historicum* esiste, ma un presente che balza fuori in una proposizione subordinata a tutta la costruzione d'un periodo non è un *praesens historicum*, ma un *praesens* spropositato. La legge di Leone (a. 468 p. Chr.), scovata dai glossatori e citata dai successori, già presenta un periodo tutto costruito al presente (« episcopus illius civitatis, ex qua testator *oritur*, habeat facultatem exigendi »), ma inoltre *oritur* significa semplicemente « è oriundo » e l'imperatore è bizantino.

Si è asserito che « il presente in latino e non solo in latino ha spesso un senso indeterminato, per cui, mentre può significare qualunque tempo, non ne fissa alcuno ». A dire il vero il presente fissa sempre il tempo presente, inteso come un punto o come una linea, o ciò che l'immaginazione si raffigura come presente; ma proprio in latino non è approvato mai nemmen di raffigurarsi coll'immaginazione il futuro come presente, e l'uso del presente invece del futuro: (esempio: domani *parto* per Roma) è bandito anche nelle proposizioni principali e indipendenti. Si è detto altresì che « per rispetto alla *petitio* sarà sempre un passato, ma appunto il presente è passato di fronte al futuro »; che « ciò non è contrario al linguaggio giuridico delle leggi. Nelle XII Tavole è noto come si usi in simili proposizioni condizionali o relative il presente in luogo del passato o del futuro, mentre nella proposizione principale si trova costantemente l'imperativo, il quale poi non è che una forma più solenne in luogo dell'ordinario futuro ». Ma l'imperativo delle XII Tavole è un solenne presente, e allora sta bene nella protasi il presente o il passato in luogo del futuro semplice o del futuro passato (non già del passato); e questo tipo delle XII Tavole non è il tipo dell'ipotesi legislativa delle leggi più recenti e dell'Editto; e quando in figure particolari e in significati speciali ritorna l'antico tipo legale, come s'ha di nuovo l'apodosi all'imperativo o all'indicativo presente, ch'è lo stesso, così torna la protasi ad esser costituita al presente o al perfetto. Si è anche detto: « talora si ha in una proposizione condizionale il presente, e in una seconda relativa il futuro: « Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto ». Ma *escit* è presente, non è futuro!

In un più grave error di grammatica (ci perdoni l'egregio scrittore) circa questo latino arcaico è caduto l'Erman, che pure è deciso sostenitore della non genuinità di quel *traditur*. I perfetti arcaici delle XII Tavole *legassit*, *delapidassint*, *incantassit*, *excantassit*, *rupsit*, *faxsit*, etc., sono per lui altrettanti futuri passati (Cfr. *Z. der S. St. für Rg.*, 1890, vol. XI, pag. 230, n. 1); oltre naturalmente, a *fuerit*, *fecerit*, etc., che noi abbiamo cercato di mostrare non genuini.

Soggiungiamo però volentieri che tale errore non intacca il fondo del suo ragionamento, per quel che concerne la presente questione.

Egli parte dal principio che quando due fatti futuri si succedono immediatamente, il primo fatto si può considerare ancora come presente, al sopravvenire del secondo; ma quando tra i due fatti c'è uno spazio di tempo (come nel caso nostro, fra la *traditio* e la *petitio*) al sopravvenire del secondo il primo è già passato e si deve esprimere al tempo passato rispetto al nuovo fatto (pag. 229 e 230). Il principio è giusto e in forma analoga l'abbiamo fermato pur noi: solamente l'Erman ha il torto di supporre che nella prima figura, ad esprimere il primo fatto si possa sempre usare in latino il presente o il futuro e nella seconda figura il passato o il futuro passato, non ponendo mente che trattasi qui della protasi d'un periodo ipotetico, non distinguendo i due tipi di periodo ipotetico, che noi abbiamo separati, la costruzione diversa della protasi nell'uno e nell'altro e la tendenza esclusiva delle leggi più antiche per l'uno (presente o passato nella protasi, presente nell'apodosi), delle leggi più recenti e dell'Editto per l'altro (futuro semplice o passato nella protasi, futuro semplice nell'apodosi).

Similmente, senza andare per le lunghe, osserviamo che gli usi riferiti dall'Erman del presente e perfetto indicativo o congiuntivo nell'Editto (loc. cit., pag. 230, nota 1; pag. 233, nota 4) o appartengono a quei casi in cui la lezione non ci parve genuina o appartengono alle *rubriche*, che sono proposizioni interrogative indirette, le quali richiedono ben diversa costruzione dal periodo ipotetico.

Un altro scrittore, il Brezzo, nella recensione citata all'Appleton si richiama con molta semplicità al § 340 della grammatica del Madwig tradotta dal Fumagalli (*Arch. giur.*, vol. XLIII. pag. 273). Siamo andati a leggere questo paragrafo: esso, per quel che concerne il caso nostro, dice così: « Se alla proposizione principale al futuro semplice *tien dietro una condizionale*, il verbo di quest'ultima può mettersi in latino al presente, *se la condizione d'un effetto futuro consiste in un'azione che cade nel momento stesso in cui si parla*, per esempio: « *Perficietur bellum si urgemus obsessos* » (Liv., V, 4); « *Moriere virgis nisi signum traditur* » (Cic., *Verr.*, IV, 39) ».

Siamo, come si vede, in presenza di quell'uso così raro nei classici e dichiarato anomalo dai grammatici. Ma, lasciando da parte questo, si avrebbe a ripetere la solita osservazione: deve la tradizione accadere assolutamente *nel momento stesso in cui si parla*, come dice la grammatica invocata dal Brezzo, e come infatti presuppongono quegli esempî? Il *traditur* del Pretore si può paragonare al minaccioso *traditur* di Verre? intendere ch'egli non darà giudizio se la tradizione non avviene sull'istante? Il Brezzo per conto suo cita poi il seguente passo di Gaio, *Inst.*, II, § 43: « Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis *competit*, quae non a domino nobis traditae fuerint ». Che cosa abbia a che fare colla costruzione dell'Editto publiciano, ch'è precisamente il contrario, lo vede ognuno.

Ma se il Brezzo voleva citare in appoggio della costruzione dell'Editto publiciano in sè, astrattamente considerata, testi di simili correlazioni nei giureconsulti, gli esempî non gli mancavano.

L'esempio citato dal Brezzo, che a ogni modo non ha niente che fare col periodo dell' Editto publiciano, trova forse pochi compagni nell'età classica. Ma lo stile dei giureconsulti non è genuinamente classico e più che altro l'ipotesi del giurista spazia troppo liberamente nelle infinite combinazioni dei casi pratici per poterla mettere a riscontro coll'uniforme, quasi monotona ipotesi legislativa. E non di meno ben rari esempî avrebbe trovato nello stile purissimo di Giuliano, in cui le forme ipotetiche classiche non si sono ancora confuse; e per recarne una certa messe, avrebbe dovuto piuttosto ricercare nello stile alquanto siriaco di Papiniano, nei frammenti di Paolo e di Ulpiano; più d'uno poi, nei testi confrontabili coi genuini, avrebbe veduto risultare dalle variazioni di verbi e di tempi introdotte dai compilatori, ovvero dall'accozzo fortuito di costruzioni diverse generato dal susseguirsi di frammenti d'autori diversi per uno stesso periodo ipotetico o dalle frasi tribonianee con cui l'un frammento è talora congiunto all'altro. E nondimeno, anche se si volessero recar quei testi, si vedrebbe tutt'al più in essi un più largo uso di quella ch'era una costruzione anomala nell'epoca classica, straniera ai testi veramente legislativi, cioè un'apodosi nel futuro e una protasi nel presente, ma supponendo sempre l'ipotesi posta nel momento attuale, nel momento in cui il giureconsulto parla.

Ma la costruzione verbale, della quale ci siamo così a lungo occupati, non è nemmeno il solo errore grammaticale, che si avrebbe nel testo della Publiciana. Ve ne ha un altro non meno grave o, ciò che in fondo è lo stesso, non meno singolare nel linguaggio latino e nel linguaggio legislativo. La tendenza vivamente plastica delle lingue classiche rappresenta sempre il fatto con tutti gli elementi concreti, quindi con gran lusso di ripetizioni e di pronomi (sovente, osservano i grammatici, se ne inseguono tre o quattro), all'infuori del pronome soggetto, ch'è fuso colla forma verbale; la qual tendenza si rivela in sommo grado nelle proposizioni relative. Ma fra tutti i pronomi è spiccatissima, volgarmente trita la simpatia della lingua latina per il pronome riflessivo *sui*, *sibi*, *se*, il quale non può essere mai trascurato nella costruzione infinitiva, come invece avviene comunemente nelle lingue moderne, ed è persino adoperato irregolarmente, per puro vezzo di stile, quando non ne nasca equivoco, là dove la logica grammaticale non vorrebbe un pronome riflessivo, ovvero si continua col riflessivo anche riferendosi a diversi soggetti.

O come spunta fuori in questo Editto, in cui pure si comincia con una ipotesi concreta, una espressione così dura, astratta e campata in aria qual è l'inciso *id quod traditur?* I Romani non avrebbero detto mai « id quod traditur » o « id quod traditum erit », bensì « id quod *sibi* traditur » o « id quod *sibi* traditum *erit* ». Interpretato alla lettera, l' Editto viene a dire che si può chiedere in giudizio una qualunque cosa che si trade a chicchessia. Forse che vi era nel linguaggio legislativo l'uso di queste durissime ellissi, contrarie alla logica (anche in italiano il pronome non si lascerebbe fuori), ma più ancora allo stile

latino e alle simpatie veramente caratteristiche della lingua latina? Ciò si potrebbe anche supporre nella elocuzione severa e a ogni modo ancora imperfetta e dura della legge decemvirale. Ma in tutte le leggi più tarde, ma nell'Editto pretorio, anche per la natura stessa della sua redazione toccata e ritoccata di tempo in tempo, la precisione è costante, la simpatia per l'ipotesi concreta e plastica, e quindi per le ripetizioni e i pronomi indiretti è altrettanto spiccata quanto nel bello stile classico; e basta a rimandare a qualunque disposizione dell'Editto, salvo la presente; per esempio: « cuius nomine quis actionem dari *sibi* postulabit; tum quem *ei* heredem esse oporteret; quo quave *illi* mortuum inferre invito te ius est, quominus *illi*, etc.; quod *in via* publica *itinereve* publico factum immissum habes, quo *ea via idve iter*, etc.; unde tu in hoc anno *illum* vi deiecisti eo *illum* quaeque *ille*, etc., etc. ».

Ma finalmente, anche senza andar lungi dalla Publiciana, si può dire che una simile ellissi nel testo genuino dell'Editto non era commessa. Gaio, Giustiniano, Teofilo, ricordando il testo dell'Editto con parole che sembrano evidentemente ricalcate su quello, o riferendo il testo genuino della formula, a una simile ellissi non vengono mai, sebbene più facilmente vi sarebbero stati tratti dal loro discorso: « datur haec actio ei, qui traditam *sibi* rem; et is *ei* traditus *est;* si *cui* ex iusta causa, etc. ».

E questo unico esempio di una ellissi nuova nel linguaggio latino e nel linguaggio edittale, contraria ai testi che richiamano l'Editto o riferiscono la formula, a me sembra tanto grave che credo basterebbe da solo a far rigettare l'opinione della genuinità dell'Editto in questa parte. Ed è, a mio parere, singolare che a questo non siasi posto mente da coloro che la rigettano. Anche il Lenel nella restituzione del primo Editto, che è quello che, per suo avviso, trovasi alterato nel Digesto, trascura questo elemento per la dimostrazione negativa, anzi rinnova nella sua ricostruzione di questa parte l'ellissi: « traditum et nondum usucaptum ». L'Appleton segue il Lenel.

Ci è permesso a questo punto di concludere: non pare che i Pretori romani avessero l'uso di fare sgrammaticature così gravi e così inutili come l'*id quod traditur*, e non ce ne hanno lasciato un solo esempio; non ci hanno nemmeno lasciato esempio di vizî di logica e di lingua latina, come la mancanza di un compimento necessario quale il *sibi* nel caso nostro, essi che piuttosto in questa provincia son così larghi; non pare possibile di attribuire a Publicio, che pure visse sugli albori dell'età aurea della letteratura latina, un tal cumulo di errori di sintassi, di logica e di stile; non pare possibile che per tutto il periodo dell'età aurea e argentea della letteratura latina, i Pretori che via via pubblicavano l'Editto e i cittadini che lo leggevano abbiano tollerato una costruzione, che per mia esperienza non isfuggì nemmeno ai compilatori di leggi romane sotto i dominatori burgundi o visigoti o bavari, e una siffatta contaminazione della logica, della grammatica e dello stile romano; non pare infine possibile che Giuliano, il quale col

suo purissimo linguaggio chiude degnamente quell'età, l'abbia fissata definitivamente e trasmessa ai successori, ai compilatori ed a noi.

Postilla. — Le forme ipotetiche, di cui a pag. 424, col presente nella protasi e il futuro nell'apodosi s'incontrano abbastanza in Plauto, in Terenzio, ricompaiono negli scrittori dell'età argentea, sono rarissime nell'età aurea. Così Draeger, l. c., I, pag. 287; II, pag. 703-705, dove altri esempî. In generale esse appaiono in dialoghi e in discorsi concitati. Il prof. Remigio Sabbadini, che molto cortesemente si è sobbarcato alla lettura di questa vecchia appendice, nella profonda sua competenza ammonisce tuttavia che non sono da fissar regole assolute e che le forme *occisit*, *duit*, *faxit*, etc., di cui a pag. 425, non si hanno a ritenere perfetti indicativi, ma congiuntivi potenziali (Cfr. Lindsay, *Die lat. Spr.*, pag. 588-593). Circa questo secondo punto non sarà forse inutile richiamare l'attenzione sul fatto che gli scrittori latini posteriori, come appare dalle citazioni, hanno intese o rese quelle forme effettivamente come perfetti; ma le cose a ogni modo per noi non mutano. Ha invece importanza per noi il primo rilievo e quindi s'impone di usar cautela, e a ogni buon fine evitiamo di trarre argomento dall'epoca e dagli usi, in cui s'incontra il presente nella protasi e il futuro nell'apodosi, per escludere la possibilità di questa forma. Resta pur sempre per la nostra tesi un forte argomento *statistico*, che può fornire almeno un criterio di probabilità: quest'uso è raro nella letteratura classica ed escluso assolutamente in tutte le leggi e in tutti gli Editti di cui abbiamo documento o ricordo. Entro questi limiti l'argomento è inoppugnabile, anche essendo l'*id quod traditur* un inciso relativo e non, nella forma, una vera protasi ipotetica; perchè, come abbiamo osservato (v. sopra, pag. 429 e 431), nelle leggi e negli Editti la costruzione di tali incisi è identica. La forma *Si quis id quod traditur*, etc., resta in qualunque modo, di fatto, nel linguaggio legislativo un *unicum*.

VI.

L'azione Publiciana nel diritto civile (*).

Nella dottrina del diritto civile odierno, così in Francia come in Italia, è forte la tendenza di far rivivere l'azione Publiciana del diritto romano, sia pure attraverso la prova della proprietà. Un ottimo riassunto dello stato della questione è fatto dall'Appleton nell'ultimo capitolo della sua opera *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, Paris 1889. In sostanza la maggior parte degli scrittori in Francia ed anche in Italia si mostrarono sempre piuttosto favorevoli all'ammissione, o esplicitamente, come il Troplong, il Duranton, il Merlin, il Demolombe, o sostanzialmente, cioè riducendo la cosa a questione di prova, come Aubry e Rau, come in tempi più recenti Baudry-Lacantinerie e Chauveau, e quasi tutti i civilisti italiani dal Pescatore al Pacifici-Mazzoni.

Fra gli scrittori in Francia la dottrina non trovò quasi che un solo avversario, strenuo e vivace, il Laurent, il quale non ebbe, nota l'Appleton, molti aderenti.

Ma la questione si riaccese più viva per qualche anno, dopochè l'Appleton ebbe pubblicato il suo libro. In sostanza però le parti non sono scambiate, nè si è detto gran che di nuovo. Lo stesso Appleton sostiene vigorosamente l'applicazione della Publiciana al diritto vigente: e tale dottrina è anche ritenuta dal CARUSI, *L'azione Publiciana*, pag. 105, n. 116. La stessa dottrina è infine presentata dal FERRINI

(*) Da una nota (n. *m.*) alla traduzione italiana del GLÜCK, *Comm. alle Pandette*, lib. VI, tit. II, Milano 1890, pag. 396 e segg., con variazioni non gravi.

in una nota inserita nell'*Annuario critico di Giurisprudenza pratica* diretto dal Cogliolo, anno II, fasc. III, marzo 1890; e in una nota nello stesso *Annuario*, anno II, fasc. VIII, agosto 1890, anche il Carusi svolge più diffusamente la opinione accennata nel suo libro. La teoria che si presenta è però quella apparentemente più temperata dell'Aubry e Rau: si riduce, vale a dire, la cosa a una questione di prove e si afferma che, sebbene non si possa parlare della Publiciana come azione distinta dalla rivendicazione, tuttavia la rivendicazione assume spesso la figura della Publiciana. In altri termini la nostra azione di proprietà comprende la *rei vindicatio* e la *Publiciana* del diritto romano.

Si son dichiarati avversari della dottrina comune il Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, Torino 1888, I, pag. 199 [2ª ed., § 126, pag. 292; § 143, pag. 315] e il Brezzo nella sua *Rei vindicatio utilis*, pagine 217 a 237, e in una nota inserita anch'essa nell'*Annuario* del Cogliolo, anno II, fasc. III, marzo 1890.

E noi pure, contro l'opinione comune e anch'oggi dominante, siamo per la negativa assoluta. Diciamo il più brevemente che è possibile le ragioni che ci fermano in questa opinione ed esaminiamo poi quelle degli avversari.

Certamente non si vuol argomentare più dall'antica forma dell'azione, costruita sopra una finzione, per negarne l'esistenza in diritto moderno. I fautori della Publiciana hanno troppo buon giuoco a ribattere questo argomento, messo innanzi dal Laurent quasi con istinto d'avvocato più che sagacia di scrittore.

Ma i fautori della Publiciana passan troppo facilmente sopra a quell'altro argomento molto semplice e quasi banale: *il silenzio del Codice*. Vero è ch'essi mutan la questione, mostrando — s'intende senz'ombra di *dolo malo!* — una qualità dell'avvocato più fine e ingegnosa di quella del Laurent; ma vedremo or ora se la questione non riman la stessa anche spostata e se quindi non la si può combattere validamente anche sul nuovo terreno. Prima però consideriamo: dato il silenzio del Codice, come si fa a discorrere di

Publiciana? Colla Publiciana s'introduce nel nostro Codice un istituto affatto nuovo; si porge difesa giuridica a un rapporto che il nostro Codice non ha voluto difendere, non ha voluto render giuridico. Certamente l'interpretazione analogica è permessa, è naturale, necessaria; sarebbe sempre tale anche se il nostro Codice in quel famoso art. 3, giustamente stimato, non prescrivesse di ricorrere all'uopo a casi simili, a materie analoghe e infine ai principî generali di diritto. Ma anche l'interpretazione analogica ha i suoi limiti; e ha i suoi limiti quando non trattisi di rapporti giuridici; altrimenti tutto nella vita sarebbe diritto, e non v'ha rapporto regolato dalla morale, dalle leggi di convenienza o dal galateo, per cui non si potesse reclamare all'uopo la difesa giuridica. Spieghiamoci con esempî.

Se la legge per avventura non sancisse la responsabilità del marito per il deterioramento o il perimento di oggetti ricevuti in dote, certamente per questo non potrebbe il giudice rifiutarsi costantemente di render giustizia in simili casi a chi, sciolto il matrimonio, avesse diritto alla restituzione della dote. Il legislatore ha disciplinato, oltre il rapporto dotale, altri rapporti e in essi ha stabilito la responsabilità ora per dolo, colpa grave e colpa lieve, ora per dolo e colpa grave; sancita espressamente l'assoluta liberazione mai, nè mai, in generale, l'assoluta responsabilità, cioè anche per caso fortuito. È chiaro quindi che responsabilità in una certa misura vi dovrà essere; e dobbiamo stabilir quale, osservando il rapporto o i rapporti più prossimi. E se anche il legislatore non avesse stabilito nulla in tutti i rapporti obbligatorî, tuttavia la responsabilità per dolo almeno o mala fede vi sarebbe sempre, giacchè soccorrerebbe allora a costruire il principio generalissimo la lontana analogia de' rapporti reali (per esempio, restituzione del possesso).

Ma tutto questo perchè? Perchè l'istituto della dote esiste nel nostro diritto, perchè il rapporto è giuridico. Le lacune si possono colmare in un rapporto giuridico e si possono

colmare anche fin dove il pensiero del legislatore, non il giudizio individuale, o anche sociale per avventura, lo permette. Ma se il legislatore non ha menzionato affatto il rapporto dotale, non c'è grido di coscienza sociale o potenza di tradizione storica che valga a intruderlo nella legislazione. Tanto varrebbe in sostanza concedere un'azione se l'amico v'ha tradito o l'innamorata v'ha abbandonato. E badiamo: tali esempî non sono nè remoti nè assurdi; perchè come un'azione contro la fidanzata che avesse mancato di fede, oltre alla conseguenza eventuale dell'infamia giuridica, ci poteva essere in un diritto che riconosceva gli sponsali, così è certo che non v'è nel nostro diritto, perchè gli sponsali sono un rapporto morale o d'altra natura, ma non più un rapporto giuridico.

Più buon giuoco sembrano avere gli scrittori francesi, perchè i lavori preparatorî ammettono il soccorso dell'equità a integrar la legge scritta. Anzi l'originario art. 6 del Codice civile francese prescriveva espressamente che nel silenzio della legge il giudice debba aver ricorso alla equità, cioè al diritto naturale: « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou *l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle* dans le silence, l'opposition ou l'obscurité de la loi positive ». L'articolo era infelicissimo altrettanto quanto il nostro art. 3 è fortunato; e non a torto il Tribunato si scagliò contro una disposizione che gli appariva « funesta, abusiva e tale da far fremere i cittadini ».

Ma i timori del Tribunato, teoricamente almeno, erano eccessivi: nessuna disposizione di legge può alterar la natura del diritto e quell'articolo inteso a rigore come temeva il Tribunato, non poteva reggere e avrebbe dovuto essere spedito a tener compagnia alla famosa costituzione, colla quale Giustiniano proibiva l'interpretazione delle sue leggi. In realtà quell'articolo non può intendersi se non in un senso conforme al nostro: l'equità cui si fa richiamo non è l'equità sociale, anche quella che ha la più schietta e viva aspirazione a esser diritto, ma l'*aequitas scripta*, l'equità legisla-

tiva, lo spirito della legislazione. Se il legislatore non ha disposto per un dato caso in ordine sempre a un rapporto *giuridico*, deve il giudice dedurre da rapporti diversi, da tutto il sistema qual è il suo pensiero. Questo voleva dire il legislatore, non fare del giudice un Pretore romano, organo dell'*aequitas* sociale. Quanto all'art. 4 sostituito nella redazione definitiva del Codice francese all'art. 6, esso impone al giudice di non addurre a propria scusa per non giudicare il silenzio della legge; ma evidentemente, come dicemmo sopra, ciò si vuol riferire ai rapporti giuridici, e lo strumento d'integrazione è in tal caso l'analogia. Altrimenti la dottrina francese non avrebbe elevato a suo tempo (ora sarebbe piuttosto la nostra volta) così alti lamenti per essere stato il loro Codice superato dai Codici che l'han preso a modello, introducendo nuovi istituti che il progresso esigeva. Quei nuovi istituti la giurisprudenza li avrebbe creati *tutti*: invece la giurisprudenza ha potuto soltanto anticipare alcuni principî, ricollegandoli a istituti ammessi dal Codice.

Quanto alla tradizione storica e al diritto preesistente è giustissimo, come ora dicono cautamente ed esattamente i fautori della Publiciana, che è questo un eccellente e largo mezzo interpretativo.

Ma siamo sempre lì: è un sussidio ottimo per colmare le lacune o eliminare le contraddizioni in un istituto che il nostro Codice ha accettato e ha disciplinato, in sostanza, egualmente, ma trarne la sanzione di rapporti che il nostro Codice non ha sanzionato, questo eccede il potere dell'interprete o del giudice. L'interprete moderno non è un giureconsulto romano, nè il giudice moderno un *Praetor*. E intendiamoci anche chiaramente sul significato del sussidio che presta la tradizione storica. Come, anche senza le prescrizioni dell'art. 4 Cod. civ. fr. o dell'art. 3 Cod. civ. it., il giurista positivo dovrebbe sempre fare il suo lavoro di interpretazione e costruzione per analogia, così al risultato di colmare le cosidette lacune ed eliminare le contraddizioni egli dovrebbe anco poter giungere da sè. La tradizione

storica gli facilita tal risultato, ma non è dessa che glielo consiglia; è la sua ragione alla ricerca del pensiero legislativo attuale; e questa gli può esser consigliera anche in senso contrario alla tradizione e al diritto preesistente. L'interprete — se m'è permesso di valermi di una similitudine alquanto ardita — si trova nella condizione di chi sia mandato a percorrere una difficile via e abbia per guida la carta topografica di tutta la regione, assai più vasta della zona di territorio in cui deve viaggiare: la guida è ottima senza dubbio, ma il viandante deve pur sapersene servire; la bella carta non l'indurrà a deviare dal suo cammino, oltrepassando la sua meta, aggiungendovene altre, a meno che non possa andare a suo diporto, con tutta libertà, come chi ragioni *de iure condendo.* E se la carta per avventura fosse un poco antica, codesto viandante dovrà tanto più avere il buon senso di non lasciarsi indurre in errore, ma stare attento a evitare le strade e i sentieri che il tempo ha reso impraticabili o distrutto, accorgersi delle nuove vie che sono sôrte in loro vece.

Ed è tempo ora che seguiamo i fautori della Publiciana sul nuovo terreno del sistema probatorio e tastiamo gli argomenti coi quali gli egregi e acuti autori combattono l'ottimo Laurent. Contro la Publiciana il Laurent si richiamava al principio che l'attore convien che provi il fondamento della sua domanda, sancito espressamente nell'art. 1315 Codice civ. fr. (Cod. civ. it., 1312): adunque se chi rivendica non prova il suo diritto di proprietà, se non può invocare la prescrizione nè in propria persona nè nella persona del suo autore, conforme ai principî, egli deve necessariamente soccombere.

Adagio, si risponde (è dall'Appleton principalmente che muove questa critica molto ben fatta). « Ci rimproverate di invadere il campo del legislatore? Ma non siete voi piuttosto a far parlare il legislatore a modo vostro, a produrre le vostre opinioni personali come sanzioni del Codice?

« Il principio che l'attore deve provare il fondamento del suo diritto — *actori incumbit onus probandi* —, sotto pena

di perder la lite, è sancito sì nel nostro Codice, ma in materia d'obbligazioni e il Codice non si serve punto di espressioni generali: « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » (art. 1315, 1° comma; il nostro (1312) ne è la traduzione esatta). Ora tra i diritti reali e i diritti di obbligazione c'è una differenza. I primi hanno carattere, diremo, di normalità: ogni cosa, di regola, appartiene a qualcuno. I secondi hanno carattere di eccezione; esser creditore di una persona determinata costituisce una derogazione al diritto comune. Analogamente, la proprietà è, in principio almeno, perpetua e la data dell'acquisto può ricondurvi indietro nella notte dei tempi; tanto che c'è bisogno dell'egida tutelare della prescrizione. Le obbligazioni sono invece destinate a estinguersi, e d'ordinario in un breve lasso di tempo: la data della loro costituzione, quindi, rimonta di regola a un passato assai prossimo. E tutto ciò non deve avere una profonda influenza circa la prova? Ed è ammissibile, data una antitesi così recisa e differenze precisamente caratteristiche, una estensione per analogia ai diritti reali di ciò ch'è espressamente sancito per le obbligazioni?

« Si dirà: ma la regola dell'art. 1315 non è che l'applicazione del principio generale: *actori incumbit onus probandi*. Non lo contestiamo (*nous sommes loin de le contester*, Appleton); ma in ultima analisi questo principio non è scritto nel nostro Codice; come la Publiciana, esso non si ricollega seriamente a nessun articolo del nostro Codice; noi lo ricaviamo dal diritto romano. E allora, perchè non l'applichiamo come l'applicavano i Romani da secoli fino a Giustiniano, come l'applicavano i moderni, fino alla promulgazione dei Codici? Col pretesto di rigettare il diritto romano, non bisogna ricondurci sino alla legge delle XII Tavole, perchè in effetto voi venite ad applicare il principio come si applicava al tempo dei Decemviri ».

Tutta questa argomentazione che abbiamo riassunta quasi colle stesse parole (cfr. Appleton, l. c., pag. 352-356), non si può negare è ingegnosa molto e facilmente abbaglia:

ma ponderata bene e con freddo intelletto essa scopre i suoi lati deboli.

L'Appleton dichiara di non contestare punto la verità del principio generale: *actori incumbit onus probandi*, anzi, benchè non sia scritto nel Codice, gli spalanca liberalmente le porte della nostra legislazione, a patto però che non dia nessun imbarazzo. *Salva reverentia imperio debita*, protestavano i cittadini dei nostri Comuni, giurando a Dio di cacciar l'imperatore; e la logica anche allora — ed è il più triste esempio storico — era tradita per non voler mutar la base del ragionamento. Ma l'Appleton par ch'abbia buon giuoco: il principio è romano, applichiamolo come l'applicavano i Romani. No; *intendiamolo* come si deve intendere e come l'intendevano anche i Romani; ma *applichiamolo* come si deve applicare *nella nostra legislazione*. Che cosa significa quel principio? Esso non è un principio romano più che moderno, esso è un principio generale a ogni diritto, perchè è un principio supremo, logico più che giuridico. Ch'esso non sia scritto nel Codice, non è una lacuna nella nostra legislazione: se fosse tale e veramente non ci fosse modo, come annota l'Appleton, di ricollegare il principio a verun articolo del nostro Codice, ebbene in tal caso dal diritto romano noi non potremmo ricavarlo, perchè noi *nostro iure vivimus*. Ma in realtà non è tale, perchè i principî generali deve la giurisprudenza ricavarli dal Codice, ma non debbono essere espressi dal Codice; nè li esprimeva certo il legislatore romano, perchè — pare superfluo ricordarlo! — se nel *Corpus iuris* se ne riscontra un'infinità, gli è perchè esso è una compilazione di opere di giureconsulti. E non si ricava da nessun articolo del nostro Codice un tal principio? Ma si ricava da *tutti!* Ogni disposizione sostanziale di diritto è il riconoscimento giuridico, cioè la promessa di garantia di una facoltà (diritto subiettivo), date certe condizioni (fatti giuridici). Ora perchè la facoltà vi sia riconosciuta è logico che dobbiate provar quelle condizioni alle quali è subordinata. Può aggiungere il legislatore che vi garantirà una data

facoltà, anche se provate *alcune* soltanto delle condizioni in base a cui vi ha promesso di garantirla? Ma allora egli vi ha concesso un nuovo diritto, e non avrebbe se non adoperata una forma poco logica per concedervelo! Insomma i mezzi di prova, tutto l'organismo delle prove, costituente una parte così importante del diritto formale, e così negletta dalla scienza, potrà ben esser regolato dal diritto formale: ma l'oggetto della prova è dato dal diritto sostanziale; la prova dev'esser intera, altrimenti s'altera il diritto sostanziale.

E questo intendevano i Romani colla famosa massima: *actori incumbit onus probandi.* Non si tratta d'interpretare tal massima con più o meno di rigore, si tratta d'interpretarla per quel che significa, e non già dichiarar di rispettarla, riducendola a un non senso. I Romani ammisero forse una facilitazione di prova nella proprietà? Ma niente affatto: essi ammisero un nuovo istituto di diritto sostanziale, la Publiciana e il rapporto da essa garantito. L'abbiamo noi? Dimostratelo; e allora vi concederemo questo: che la prova della Publiciana è esaurita, provando le condizioni della Publiciana! Non è gran cosa: ma di più non vi possiamo dare.

Siamo tornati alle XII Tavole? Precisamente: ma non in fatto di prove, Dio liberi! Abbiamo tanta scrittura e tanti registri e tanti notai! Ci siamo tornati nel senso che non esiste più la Publiciana, come non esisteva ancora al tempo dei Decemviri.

Giuste, per lo meno in un certo senso, le osservazioni dell'Appleton circa la diversa natura dei diritti reali e dei diritti obbligatorî, normali i primi, eccezionali i secondi; benchè nel diritto moderno, per un complesso di cause, l'obbligazione s'è andata assimilando per questo, come per tanti altri caratteri, alla proprietà. Ma che cosa se ne può inferire? Questo solo: che nella costituzione di un diritto obbligatorio l'individualità della causa ha sempre una importanza maggiore che non abbia nella costituzione della proprietà. E poichè ha importanza maggiore nella costituzione, cioè per istabilire quando la legge vi riconosce un

diritto di obbligazione, ne ha pure circa la prova. Ma sempre perchè? Perchè nell'oggetto della prova voi dovete tenervi stretti rigorosamente al diritto sostanziale.

Quanto agli argomenti pratici, la necessità urgente o la gran comodità della Publiciana, sarebbe inutile occuparsene, perchè essi non sono argomenti giuridici, ma tutt'al più *de iure condendo.* Nondimeno a me sembra che nemmeno su questo terreno si debba essere tanto corrivi a cedere il campo, come pure si fa anche da coloro che, come noi, respingono la Publiciana, salvo, fino a un certo segno, il Pescatore e anche il Brezzo.

La Publiciana era, più che utile, necessaria nel diritto romano. In quanto alla scienza e certezza de' dominî, il diritto romano era gravemente imperfetto: l'indebolimento graduale e finalmente la totale scomparsa delle antiche forme di trasmissione, come la *mancipatio* e la *in iure cessio* — per vero poco adatte a un grande Stato — senza che nessun ordinamento nuovo e più civile venisse a sostituirle, avevan condotte le cose a tal punto che per la prova del dominio si dovesse quasi necessariamente e costantemente aver ricorso all'usucapione. Io mi sono occupato piuttosto largamente di questa condizione di cose poco invidiabile della società romana e ho mostrato con documenti a qual confusione orribile si fosse giunti in questo riguardo, per le cause sopradette nella seconda età imperiale, e con che spedienti estremi si tentasse di opporsi al male (1).

Ma nel diritto moderno noi siamo lontanissimi da questo stato di cose. Anche in un diritto in cui l'organizzazione dei trasferimenti della proprietà sia abbastanza imperfetta secondo le idee moderne, come è nel nostro e nel francese rispetto al sistema germanico dell'intavolazione, occorrerà il più delle volte una buona dose di distrazione e di dabbennaggine per non esser sicuri del proprio dominio. E

---

(1) Cfr. BONFANTE, *Res m.* e *nec m.*, cap. ult. [V. sopra *Forme primitive*, ecc., cap. XII, specialmente pag. 309 e segg.].

quanto alle cose mobili, che rappresentano presso noi le *res nec mancipi* del diritto romano, il principio che il possesso vale titolo esclude assolutamente il bisogno di Publiciana per quella categoria di oggetti, nella quale probabilmente tale bisogno doveva essere più sentito nel diritto romano.

« Tant que dureront les nécessités pratiques auxquelles elle doit sa naissance, tant que vivra le droit de propriété qu'elle sanctionne si énergiquement en protégeant même son apparence, malgré le silence des Codes, malgré les contempteurs de la tradition et de la pratique, la Publicienne subsistera ».

Così conclude l'Appleton. A noi sembra che la forza delle cose e la logica ci debbano condurre a una conclusione diametralmente opposta, per ogni aspetto. Non durano quasi affatto oggidì le necessità pratiche cui la Publiciana dovette l'origine sua nel diritto romano, e sarebbe, crediamo, un organo inutile, forse dannoso, nel nostro diritto, se si volesse introdurre. Ma è poi caduto irremissibilmente il diritto alla Publiciana nella nostra legislazione positiva; perchè essa non proteggeva punto il diritto di proprietà, bensì un rapporto analogo quanto si vuole, ma di cui il nostro Codice non fa motto.

VII.

Sulla " exceptio rei venditae et traditae " (*).

1. L'*exceptio r. v. et tr.* è adibita nel diritto giustinianeo a respingere il proprietario in alcune delicate e rare ipotesi in cui il possesso par degno di esser difeso anche contro lo stesso proprietario, le quali ipotesi nel diritto giustinianeo si riassumono naturalmente nella figura del possesso di buona fede. Secondo l'opinione dominante essa non sarebbe che un'applicazione concreta della *exceptio doli*. Circa le origini sue l'opinione dominante è ben d'avviso che nel diritto classico essa dovesse costituire la protezione passiva del cosiddetto *in bonis habere:* in altri termini, come la *possessio bonae fidei* e l'*in b. h.* sarebbero stati congiunti nell'azione costituita a difesa, la Publiciana, nella stessa guisa i due istituti sarebbero stati congiunti nell'eccezione. Su questo punto, cioè nella parte storica, la dottrina dominante non è per vero senza opposizione e vi contrastarono il Buchholtz (1), il Mayer (2) e la grave autorità del Vangerow (3): l'*exceptio rei v. et tr.* sarebbe stata creata precisamente per quelle ipotesi a cui essa è adibita nel diritto giustinianeo. Ma le argomentazioni dei predetti autori sono piuttosto fiacche e un poco anche sofistiche: noi possiamo oramai prescinderne.

Una tesi radicale è stata sostenuta da Hugo Krüger (4). Il suo punto di vista è assolutamente negativo: l'*exc. rei v. et tr.* non sarebbe in sostanza nata mai, nè per l'*in bonis*, nè per gli altri casi, cioè non sarebbe mai stata un'eccezione edittale,

---

(*) Studio riassunto da un'appendice al lib. 21, tit. III, della versione italiana del commentario del Glück, pag. 340-366.

(1) *Versuche*, n. 13.

(2) In *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, VIII, pag. 35.

(3) *Pand.*, I, § 334, pag. 662.

(4) *Beitr. z. L. v. d. exc. doli*, 1892.

ma un'eccezione *in factum* senza tipo fisso e costante. La funzione dell'*exceptio rei vend. et trad.*, sia nei casi di acquisto *a domino*, come nei casi di acquisto *a non domino*, sarebbe stata sostenuta dall'*exceptio doli* (la cosiddetta *exceptio doli generalis*), unica che all'uopo soccorresse ancora all'epoca di Sabino: nell'età adrianea e sovrattutto per autorità di Celso una eccezione *in factum*, indeterminata nella formola e nella nomenclatura, in casi particolari (specialmente quando debba seguire una *replicatio*, perchè l'*exceptio doli* deve esser sempre l'ultima) prende il luogo dell'*exceptio doli:* ma solo nei più tardi giureconsulti, Paolo, Ulpiano ed Ermogeniano, essa acquista una formulazione costante e la corrispondente appellazione tecnica *rei vend. et trad.*

La denominazione dell'*exceptio*, nota il Krüger, era tutt'altro che fissa, benchè anche eccezioni non edittali abbiano nomi tipici: *exceptio rei venditae* la chiama Giuliano (L. 7, § 6, D. *pro empt.*, 41, 4), *exceptio de re empta et tradita* Pomponio (L. 32, § 2, D. *ad Sc. Vellei.*, 16, 1); quanto alla L. 50, D. *de act. e. v.*, 19, 1, il testo è troppo corrotto per poterne indurre nulla. Più grave è l'indizio che si desume dalla designazione *in factum:* non si trova mai così indicata un'eccezione edittale (il che sarebbe anche una stonatura, giacchè sono tutte quante *in factum*), e nemmeno un'estensione utile di eccezione edittale. Con la natura edittale è, poi, assolutamente incompatibile l'espressione di Giuliano, *exceptione in factum comparata* (L. 4, § 32, D. *de d. m. exc.*, 44, 4); *comparata*, *concepta*, *data*, sono forme in uso per eccezioni *in factum* non edittali concesse di volta in volta dal pretore: l'eccezione edittale è inserita nell'editto, è *proposita.* Si vede inoltre che la *exc. rei v. et tr.* concorre con l'*exc. doli* a scelta, il che non avviene se non delle eccezioni *in factum* non edittali. Finalmente lo stesso Ulpiano, copiando Marcello, chiama quest'eccezione *in factum* (L. 1, § 4, *h. t.*).

Come le denominazioni, varia la formola accennata dai giureconsulti (L. 7, § 1, D. *de cur.*, 27, 10; L. 14, D. *de Public.*, 6, 2; L. 32, § 2, D. *ad Sc. Vell.*, 16, 1; L. 7, § 6, D. *pro empt.*, 41,

4, ecc.), il che, di nuovo, è argomento che l'*exceptio* non è edittale.

Il Krüger paragona lo svolgimento dell'*exc. r. v. et traditae* a quello dell'*exc. non numeratae pecuniae*, anzi da questo confronto prende le mosse nell'introduzione al suo scritto. Anche qui era in origine l'*exceptio doli* che provvedeva (Gaius, IV, 116ª, 119; Ulp., L. 2, § 3, D. *de d. m.*, 44, 4), sopravviene l'*exceptio in factum non numeratae pecuniae* quando per ispeciali motivi non è possibile opporre l'*exceptio doli* (cfr. Ulp., 4, § 16, D. *de d. m.*, 44, 4), ma già al tempo di Ulpiano essa ha perduto il suo carattere sussidiario (Ulp., L. 29 pr., D. *mand.*, 17, 1; Caracalla, L. 3, C. *de non n. p.*, 4, 30), seppure in tali passi la menzione di essa non è stata aggiunta per interpolazione dei compilatori.

2. Il Krüger ha il merito di aver incitato ad una più profonda indagine delle fonti e dello sviluppo,.e aver colto alcuni punti giusti, ma la sua tesi non ha incontrato favore. Vi si opposero prima il Ferrini (1), poi l'Erman (2). La confutazione del Ferrini è la più larga. Non è esatto (anche prescindendo dalle eliminazioni dei compilatori) che il nome tecnico e la costante formolazione dell'*exceptio* si richiamino solamente agli ultimi tempi della giurisprudenza classica: si ricava financo da Labeone in quel testo che il Krüger abbandona come troppo corrotto: « utpote cum petenti eam rem petitor neque vendidisset neque tradidisset » (Labeo, *libro quarto Poster. a Iavoleno epitomatorum:* L. 50, D. *de a. e. v.*, 19, 1; testo che, a mio avviso, si può integrare in un modo più semplice che non faccia il Mommsen, abbandonata la complicazione fallace dei manoscritti della Vulgata, soggiungendo dopo *eam rem* le parole: « exceptionem emptor opponere possit: At si eam rem »), o per lo meno si ricava da Giavoleno, l'epitomatore di Labeone, e da Giuliano: « *exceptio rei*

(1) *Rend. dell'Ist. Lomb.*, vol. XXV, pag. 844 e seguenti.

(2) *Z. der Sav. Stift für Rg.*, vol. XXVII, pag. 237.

voluntate eius venditae » (L. 7, § 6, D. *pro empt.*, 41, 4), e da Pomponio: « *exceptio de re empta et tradita* » (L. 32, § 2, D. *ad Sc. Vell.*, 16, 1).

Poco importa la nomenclatura leggermente diversa: il Krüger stesso avvertì che si usano nomi non edittali per eccezioni edittali, per esempio: l'*exceptio pacti*, che viene denominata anche *exceptio transactionis*, *transacti negotii* o *conventionis* (Cfr. anche L. 25, D. *de a. e. v.* 19, 1: Gaius, IV, 126ª). L'oscillazione tra la tipica *exceptio rei vend. et trad.* e la *exceptio doli* o *in factum* si spiega precisamente con la più tarda estensione dell'*exc. rei vend. et trad.* ai casi di acquisto *a non domino*. Sono casi di acquisto *a domino* quelli nei quali i più antichi giureconsulti concedono l'*exc. rei venditae et trad.* (cfr. L. 50, D., 19, 1; L. 7, § 6, D., 41, 4; L. 32, § 2, D., 16, 1), mentre la concorrenza con l'*exc. doli* si ha appunto in casi in cui si acquista *a non domino*, e a un caso simile si riferisce la frase di Giuliano: « exceptione in factum comparata vel doli mali » (L. 4, § 32, D., 44, 4). Giuliano non applica peranco tale eccezione ai casi di acquisto *a non domino*, e probabilmente nemmeno Pomponio, giacchè forse è a ritenere che nella L. 2, D. *h. t.*, in seguito ad *exceptione* sia stata soppressa dai compilatori la frase: *in factum comparata vel doli mali* (cfr. anche Voigt, *Ius naturale*, IV, 514, 70), e Ulpiano si richiama per giustificare una simile estensione all'autorità di Marcello (L. 1 pr., *h. t.*). Se infine lo stesso Ulpiano, nella L. 1, § 4, *h. t.*, si vale della forma *exc. in factum*, il motivo è detto da lui: « quia is tunc servus fuisset cum contraxisset »: occorre insomma per il caso speciale un adattamento utile della formola, nè si può negare col Krüger che simili adattamenti si dicessero *in factum*. L'*exceptio in factum* del Fr. Vat., 310, è un'applicazione estensiva dell'*exceptio legis Cinciae*, come l'*exceptio redhibitionis* estesa ad altra persona fuori degli *argentarii* diventa pur essa *in factum* (Alf., L. 14, D., 44, 1).

Il risultato del Ferrini verrebbe ad essere una esplicazione della teoria dominante: l'*exc. rei. vend. et trad.* sarebbe

stata proposta prima dell'eccezione di dolo a favore del proprietario bonitario contro il domino quiritario, e applicata, come permetteva la formola, anche quando per altri motivi il compratore non fosse reso proprietario: per i casi invece di acquisto *a non domino* provvedeva l'*exceptio doli*, alla quale per alcune ipotesi speciali veniva sostituita una *exceptio in factum*. Per opera della giurisprudenza postgiulianea quest'eccezione *in factum*, nella quale il fatto coincideva in sostanza con quello dell'*exc. rei vend. et trad.*, venne ad esser via via riassunta sotto la nostra eccezione. « E così, conclude il Ferrini (1), si avrebbe il fenomeno non nuovo nello svolgimento del diritto romano che una diversa corrente confluisce in un istituto ad essa non originariamento destinato, e, venuta meno la primitiva funzione di questo, essa sussiste tuttavia per adempiere la nuova funzione acquisita ».

A conclusioni analoghe giunge l'Erman, *op. cit.*: l'*exceptio rei vend. et tr.* era edittale per il compratore *a domino*, decretale per il compratore *a non domino*. Contro l'azione Publiciana intentata dal proprio autore il compratore doveva esser in altra guisa protetto, ed è verosimile che ciò fosse mediante una norma del *ius non scriptum* pretorio, per cui si rifiutava all'alienante la Publiciana *ex officio*.

3. Noi reputiamo errata la tesi del Krüger e abbastanza confutata dalle osservazioni del Ferrini e dell'Erman. Nondimeno essa ha la sua ragione di essere. La *exceptio r. v. et tr.*, nel suo tenore genuino vuol essere nettamente distinta dall'*exceptio doli* e non è punto una configurazione concreta di questa, bensì un istituto, nel suo fondamento, totalmente indipendente: essa aveva la funzione di difendere l'*in bonis*

---

(1) Il Ferrini allude alla confluenza dei legati nel testamento, destinato in origine esclusivamente all'eredità nella sua primitiva funzione di trapasso della sovranità, secondo il modo col quale io fissava il fenomeno nella mia *Origine dell'hereditas*, n. 8 in fine (v. *Scritti giuridici vari*, I, pag. 149).

contro il dominio quiritario e null'altro che questa funzione. Le figure anomale conservate sono, a mio avviso, ipotesi riassunte dalla giurisprudenza dopo un certo lavorìo sotto il concetto dell'*in bonis*, considerandole come *casi di convalescenza dell'in bonis;* ma data l'anomalia di queste applicazioni e l'oscillazione che la giurisprudenza mostra in esse tra l'*exceptio doli* e la *exceptio r. v. et tr.*, Giustiniano le ha potute conservare, venendo a riassumerle di nuovo nel possesso di buona fede, e riassumendo vagamente la *exceptio rei venditae et traditae* nella *exceptio doli.* Tutto ciò genera quello stato di cui si giova la tesi del Krüger.

La trattazione dell'*exceptio r. v. et tr.* è nei commenti dell'editto indipendente dall'*exceptio doli* e doveva precederla (1). Essa si fondava, come il tenore stesso delle parole dichiara, sull'alienazione eseguita, non già sulla mala fede dell'autore. Era insomma il riconoscimento di un'alienazione valida per diritto onorario, alla quale pertanto dal lato della difesa il pretore non poteva dar ragione se non con l'uso del suo mezzo consueto, la *exceptio*, ma un'*exceptio* concepita sulla base di elementi obbiettivi, non già subbiettivi. I testi che ci dànno la concezione, più recisa nella sostanza e più netta nella forma, di questa eccezione, i testi che appunto perciò hanno potuto esser addotti contro la dottrina radicale del Krüger sono precisamente relativi a casi di alienazione *a domino*, a casi di *in bonis*, come la L. 32, § 2, D., 16, 1, e la L. 50, D., 19, 1. A questi casi conviene aggiungere le tradizioni compiute per mezzo di rappresentanti, in cui pure è espressamente menzionata o supposta la *exceptio r. v. et tr.*, l'alienazione del procuratore (2) e del curatore (3). Anche queste alienazioni, quando fossero compiute nelle debite forme, erano nel diritto classico pienamente valide per diritto civile, cioè costituivano in testa

---

(1) Cfr. Lenel, *Ed. perp.*, §§ 276 e 277.

(2) Iul., L. 7, § 6, D., 41, 4; Pap. in Ulp., L. 14, D., 6, 2; Paul., L. 5, § 3, D., 17, 1; Ulp., L. 1, § 2, 3, *h. t.*, 21, 3.

(3) Iul., L. 7, §, 1, D., 27, 10.

all'acquirente il *dominium ex iure Quiritium* (1): dovevano quindi naturalmente esser egualmente valide anche per diritto pretorio, quando fossero eseguite con la tradizione, e garantire all'acquirente l'*in bonis habere* con le sue difese. Se nei testi talvolta si discute, è per altri vizi, che soli possono render dubbî l'*in bonis* e l'*exceptio* (per es., l'eccesso di mandato). Ma fuori di questi casi, che sono, si può dire, sfuggiti al lavoro di compilazione e si trovano vaganti in sedi diverse e lontane, dissimulati sotto i rapporti più varî, l'*exceptio r. v. et tr.*, in quello che ormai sarebbe il suo campo di applicazione non appare nel diritto giustinianeo come un istituto autonomo a designazione e linee ben nette: questo stesso campo di applicazione è ben povera cosa e il titolo destinato all'*exceptio* uno dei più miseri titoli del Digesto. Chi consideri poi la breve trattazione ulpianea dell'*exc.*, la sola estratta dalla rubrica edittale, non tarderà ad avvisare (e per il § 2 fu già avvertito) una singolarità che a questo lume riesce facilmente esplicabile.

Salvo il pr. e il § 1 della L. 1, *h. t.*, che esprimono le due ipotesi fondamentali, cui l'*exc.* è stata nuovamente estesa, i paragrafi successivi non fanno il caso di acquisto di *res aliena*, ma enunciano diversi dubbî o vizi formali. Non si presenta spontanea la congettura anche per queste considerazioni: che il frammento non sia che un brano della completa trattazione in cui l'*exc.* era concessa per acquisto di *res mancipi* mediante semplice tradizione?

L'*exceptio r. v. et tr.* è inoltre nell'ordine della compilazione strappata dal suo contesto e fatta seguire al titolo della evizione, il che ha costituito nella dommatica quella intima correlazione tra la *exceptio r. v. et tr.* e l'evizione, per cui la concessione della nostra *exceptio* è parsa la necessaria conseguenza dell'assunta responsabilità per evizione.

---

(1) Cfr., rispetto al procuratore, Bonfante. *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Scritti per Schupfer*, 1898, vol. I (*Scritti giuridici varî*, vol. III).

Questa posizione evanescente e dubbia dell'*exceptio* nel diritto giustinianeo, questa specie di disagio, per così esprimermi, in cui essa si trova nella compilazione giustinianea, che avrebbe dovuto servire come argomento di una diversa origine sua, ha valso invece nella tesi del Krüger a negarne l'origine e la figura definita.

Le applicazioni dell'*exceptio r. v. et tr.* sopravviventi nel diritto giustinianeo sono alienazioni *non a domino* iniziali, e quindi in un primo momento casi di possesso di buona fede (anzi talvolta anche di mala fede), che divengono in seguito *ex postfacto* obbiettivamente alienazioni *a domino*, e quindi casi di *in bonis*.

Ciò che turba la logica e nasconde il perfetto riscontro con quanto si verifica circa il dominio pieno *ex iure Quiritium* è il mescolarvisi di una serie di casi spurî, che appartengono al territorio esclusivo della *exceptio doli*, non della *exceptio r. v. et tr.*, nonchè alcune interpolazioni dei compilatori preoccupati di attenuare il contrasto tra la nostra *exceptio* e la *exceptio doli*.

Queste applicazioni — eliminata la successione ereditaria, che non altera da una parte e dall'altra la situazione dei rapporti, eliminata l'alienazione per parte dei rappresentanti, che non operava convalescenza, ma piena validità *ab origine*, eliminate le ipotesi spurie, di cui diremo in seguito (1) — si riducono alle due seguenti: 1ª il non proprietario tradente diviene proprietario in seguito; 2ª il vero proprietario succede (e intendiamo la vera successione romana, cioè a dire universale) al non proprietario.

Nella prima ipotesi il giureconsulto Sabino concedeva ancora l'*exceptio doli*. Il compratore può respingere con piena sicurezza il suo venditore divenuto proprietario *alio iure* mediante l'*exceptio doli* in quanto costui *improbe rem*

---

(1) Lasciamo da parte altresì il caso della presa di possesso *sine vitio*, che si considera come equivalente alla tradizione; Ulp., L. 1, § 5, *h. t.* Cfr. anche Iul., L., 22, D., 25, 2.

a se distractam evincere conatur (1). La stessa eccezione, ovvero una *exceptio in factum comparata*, concedeva Giuliano in un responso che ci è conservato in tre testi e in tre redazioni con varianti in apparenza lievi, la L. 4, § 32, D., 44, 4, in cui Ulpiano fa precisamente il nome di Giuliano come autore del responso, la L. 72, D., 6, 1, dello stesso Ulpiano, la L. 2, *h. t.*, 21, 3, in cui di nuovo Pomponio richiama la decisione a Giuliano. Per vero Ulpiano, nel secondo testo, in cui non fa il nome di Giuliano, parla semplicemente di *exceptio*, e Pomponio, nel terzo, riferendosi a Giuliano, parla di *exceptio*, anzi dalla collocazione del titolo del Digesto si dovrebbe desumere, e si desume dal punto di vista del diritto giustinianeo rettamente, che la *exceptio* sia quella *rei venditae et traditae*. In realtà, poichè i tre testi presentano un'identica redazione, non vi ha dubbio che le parole *in factum comparata vel doli mali*, che si trovano nel primo, sono state soppresse dai compilatori, il che è un indice tangibile della loro volontà. Ma lo stesso Ulpiano, il quale ci ha conservato i responsi di Sabino e di Giuliano, riferisce che Marcello concedeva la nostra eccezione.

L. 1 pr., D. *h. t.*, 21, 3: « Marcellus scribit: si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, *hac* exceptione recte repellendum ».

È questo il principio della prima legge del nostro misero titolo del Digesto, principio che per il suo tenore stesso rivela di essere stralciato da un contesto più ampio: non è infatti ragionevole che la trattazione si aprisse con un caso anomalo, in cui non vi ha concordia tra i giureconsulti, e la forma stessa *hac exceptione* (anche nel seguito torna sempre *haec exceptio* o *exceptio* semplicemente) rivela che della nostra *exceptio* si è discusso in precedenza (2).

---

(1) Ulp., *libro XXIX, ad Sabinum*, L. 17, D., 21, 2; cfr. anche Paul., *libro V, ad Sabinum*, L. 18, *eod.*

(2) Il testo è anche scorretto e forse anche alterato dai compilatori: il *recte* è emendato dal Mommsen in *ab eo te.* Meglio è forse l'emendazione del Brencmann adottata nella edizione italiana: *recte te.* Ma è

Che Marcello sia stato il primo quindi a concedere questa eccezione appare molto verosimile, e la sua posizione di critico di fronte a Giuliano rende probabile che egli l'abbia accordata in contrasto col grande giureconsulto.

Nella seconda ipotesi Ulpiano concede pure, procedendo su questa via, la *exceptio rei v. et tr.*

L. 1, § 1, D. *h. t.*, 21, 3: « Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum ».

Ora nella prima di queste ipotesi noi abbiamo un caso di convalescenza dell'alienazione, che almeno cogli ultimi giureconsulti è pienamente riconosciuto *per diritto civile*, cioè quando le forme a suo tempo siano state osservate nell'alienazione o possiamo supporre che siano state osservate.

Nella L. 58 (56), D., 36, 1, Papiniano fa il caso di eredi fedecommissari che abbiano venduto o pignorato cose dell'eredità prima della restituzione e conchiude semplicemente con le parole: « hereditate postea restituta constitit ex eo facto ceterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari ».

Nella L. 42, D. 41, 3, lo stesso giureconsulto fa il caso di un marito che abbia venduto il fondo dotale (del quale, se ha la proprietà, non ha però il diritto di alienazione) e decide egualmente: « quam (venditionem) defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, *si tota dos lucro mariti cessit* », e questo in qualunque modo, fosse il compratore di buona o di mala fede (*scienti vel ignoranti* vendidit, ha detto sopra il giureconsulto). Nello stesso testo per analogia si fa l'esempio della vendita di cosa furtiva che poi si acquista in proprietà, succedendo al *dominus*, e la decisione è la stessa: osserviamo altresì che nelle due ipotesi il dubbio poteva sopraggiungere per le circostanze gravi dell'aliena-

---

ben difficile che il *recte* fosse nel testo. A che cosa infatti si può riferire? Forse a *repellendum*? Ma è una locuzione disadatta e superflua. A Marcello che scrive, o a Ulpiano che approva? In questo caso il *recte* è fuori di posto, e nella prima interpretazione è assurdo che Marcello si compiaccia della sua sentenza.

zione, in quanto nell'una si suppone anche la mala fede di un acquirente, nell'altra concorre la furtività della cosa. Una delle specie di Papiniano, la vendita del fondo dotale, noi la troviamo contemplata anche da Marcello (così si deve leggere invece di Marciano) nella L. 17, D., 23, 5 (1), e la decisione è pur sempre, nell'ipotesi che il marito lucri la dote, recisa: « fundus emptori avelli non potest » (2).

Più delicata è la seconda ipotesi. Paolo, nella L. 73, D., 21, 2, non riconosce menomamente la convalescenza, anzi dichiara senz'altro che l'erede del non proprietario alienante « iure quidam proprio, non hereditario... controversiam fundorum facere posse ». Egli soggiunge per vero immediatamente: « sed evictis praediis heredem Seiae conveniri posse: vel exceptione doli mali summoveri posse ». Ma se la prima dichiarazione relativa alla responsabilità dell'erede per evizione è sostanzialmente e formalmente impeccabile, la seconda parte relativa alla *exceptio doli mali* è sostanzialmente inconciliabile con le dichiarazioni precedenti e formalmente fuori di posto, perchè avrebbe dovuto esser soggiunta prima, mentre nel modo com'è appiccicata alla chiusa, è il vero tipo di un emblema. Diverso è il tenore

---

(1) Marcello parla per vero di un fondo venduto e tradito, il che, se il testo fosse genuino, non presenterebbe se non un'applicazione della *exceptio r. v. et tr.* in un linguaggio per vero troppo spiccio.

(2) L'interpretazione non è la stessa, per ragioni troppo ovvie, nel caso, che a prima vista sembra analogo, di conferimento della libertà da parte del non proprietario, che divenga in seguito proprietario: cfr. L. 20, D., 40, 9: « non ideo aditione hereditatis libertatis datio confirmatur ». Persino se il *paterfamilias* manomette un servo del peculio castrense non si ammette convalidazione della libertà data tra vivi (Tryphoninus: L. 19, § 4, D., 49, 17): si ammette solo nelle manomissioni *mortis causa*, in quanto « si intestatus decesserit filius postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia » (L. 19, § 3, *eod.*), e anche in questa ipotesi con gravi restrizioni (L. 19, § 5, *eod.*; Paulus, L. 20, *eod.*). Solo Giustiniano ha tolto le restrizioni, interpolando la chiusa della L. 19 e della L. 20. Osserviamo che nel periodo precedente alla chiusa della L. 19 è errata l'emendazione del *non* in *num* proposta dal Mommsen, nonchè l'interrogativo.

dei rescritti di Diocleziano. Per vero nella L. 24, C., 8, 53 (54), l'imperatore dichiara semplicemente a un figliuolo, il cui padre ha donato beni di lui: « si patri tuo heres non exstitisti... non posse iura tua laedi manifestissimi iuris est », il che significa solo in generale e per argomento a contrario che quando fosse l'erede, ne avrebbe subìto pregiudizio. Egualmente nella L. 5, C., 4, 51, ripete per un caso che sembra identico la stessa dichiarazione a un figlio emancipato posto che non sia successo al padre: eum (fundum) tibi agenti rector provinciae reddi efficiet. Ma in due altri rescritti, la L. 14, C., 3, 32, e la L. 3, C., 4, 51, enuncia senz'altro come via di difesa la *exceptio doli mali*. Un rescritto di Gordiano è ancor più reciso: e con un tenore opposto alla dichiarazione di Paolo pronuncia che il figlio erede e proprietario della cosa « de qua iure hereditario auctor laudari potest, controversiam movere non potest » (1).

Concludendo: nella prima ipotesi il perfetto parallelismo con la convalescenza del dominio civile operata nella giurisprudenza classica dimostra che la stessa giurisprudenza poteva con egual logica e sicurezza riconoscere la convalescenza dell'*in bonis* mediante l'istrumento pretorio della *exceptio*.

Circa la seconda ipotesi la cosa è più dubbia: che l'erede sia responsabile delle obbligazioni e in genere degli atti validamente compiuti dal suo predecessore è logico: che egli invece debba riconoscere gli atti nulli del suo predecessore non è egualmente logico, almeno secondo i principî dell'eredità romana, perchè l'erede romano subentra nella posizione giuridica, non nella volontà del defunto, e a torto le due cose si stimano una sola. Tuttavia è certo che in ordine all'eredità (noi l'abbiamo ripetutamente mostrato nei nostri studî) (2) le cose sono alquanto mutate nel diritto post-classico, e il caso presente è il riflesso speciale

---

(1) L. 14, C., 8, 44 (45).

(2) V., per es., *Scritti giuridici varî*, pag. 165-167.

di questa posizione. È riconosciuta la convalescenza del dominio civile nei rescritti imperiali: non ne abbiamo traccia nel Digesto salvo una, che è in sostanza negativa, di Paolo. Che in queste condizioni la convalescenza dell'*in bonis* sia stata riconosciuta da Ulpiano (prescindiamo ora dal testo di Ermogeniano) non può far grande meraviglia: lo strumento della *exceptio rei venditae et traditae* era più maneggevole e il passaggio di questa eccezione contro gli eredi anche nella presente ipotesi, in cui tale passaggio implica convalescenza dell'alienazione, è forse più spiegabile che non quello della *exceptio doli.*

4. Esaminiamo ora i casi spurî o dubbî.

Che l'*exceptio r. v. et tr.* passi dal lato attivo agli eredi, non può far difficoltà, come non può far difficoltà dal lato passivo, quando la cosa non si complichi come nella ipotesi anomala già fatta, per cui non era proprietario il tradente, lo è invece l'erede. Ma il punto in questione è se l'*in bonis* e l'*exceptio* passino a qualunque altro acquirente, cioè al cosiddetto successore a titolo singolare. A me sembra che deponga in senso contrario la L. 1, § 4, *h. t.*, 21, 3, di Ulpiano: « Si servus merces peculiariter emerit, deinde dominus eum, priusquam proprietatem rerum nancisceretur, testamento liberum esse iusserit eique peculium praelegaverit et venditor a servo merces petere coeperit: exceptio in factum locum habebit, quia is tunc servus fuisset cum contraxisset ».

Lo schiavo liberato per testamento e istituito legatario della cosa per cui compete al *dominus* l'*exceptio r. v. et tr.* non ha se non l'*exceptio in factum*. Ora un tal soggetto non è in fondo che un acquirente a titolo singolare, poichè lo schiavo, al momento in cui viene onorato del legato, è un uomo libero e deriva il proprio diritto dal domino bonitario, titolare della *exceptio*, come farebbe qualunque terzo. Invece non solo gli si rifiuta l'*exceptio r. v. et tr.*, ma la stessa *exceptio in factum* gli si accorda per altre considerazioni,

rimuovendo alcuni dubbî particolari. Queste altre considerazioni sono: l'esser stato fatto l'acquisto dal servo stesso (poniam mente che il caso segue a due ipotesi di acquisto per mandatario, che, di nuovo per circostanze particolari, non producono l'*exceptio*) e pel suo peculio che gli è stato appunto legato: nondimeno, osserva il giureconsulto, egli non può aver l'*exceptio r. v. et tr.*, perchè al momento in cui faceva l'acquisto era schiavo « quia is tunc servus fuisset, cum contraxisset ».

Invece il passaggio dell'eccezione agli acquirenti a titolo singolare è riconosciuto dal giureconsulto Ermogeniano.

L. 3 pr., D. *h. t.*, 21, 3: « Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci ».

Questa notizia isolata è probabilmente da accogliere con una certa riserva e non sarei alieno dal credere che il luogo fosse alterato dai compilatori. La giustificazione della *exceptio* per la prima volta è posta in correlazione con la responsabilità per evizione. Il rimedio semplice nel diritto classico doveva esser quello di chiamare in causa il proprio autore. L'inciso *etsi res ei non fuerit tradita* (1), che sembra reputare indifferente la circostanza che la tradizione, fondamento dell'*exceptio*, non è stata fatta al secondo compratore (ma, s'intende, al primo) doveva probabilmente nel testo genuino esser formulato nel senso di una motivazione della negativa: *quia res ei*, etc. (2).

---

(1) Questo inciso a torto, mi sembra, è dal LENEL (*Paling.* Hermog., n. 93) messo in correlazione con la L. 1, § 5, *h. t.*, supponendo evidentemente che si voglia dire: il secondo compratore non ha ricevuto tradizione, ma ha preso possesso *sine vitio* della cosa. Nel testo di Ermogeniano non si può legger questo. Il giureconsulto nota semplicemente che la tradizione non è stata fatta al secondo compratore.

(2) Il LONGO (*Origine della successione a titolo particolare*, ecc., in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIV, 1901, pag. 251 e 252), nota l'incoerenza del pensiero dommatico nel testo di Ermogeniano. « Il fondamento giuridico della norma è differente nei due casi: per i successori è sup-

Più sicuramente spurio è il caso inverso che rappresenta forse la più celebre applicazione della *exceptio r. v. et tr.*, cioè l'estensione passiva contro il successore a titolo singolare del tradente. Questa specie è discussa nel famoso testo di Giuliano, di cui abbiamo tre redazioni diverse, la L. 4, § 32, D., 44, 4; la L. 72, D., 6, 1, e la L. 2, *h. t.*, 21, 3. Giuliano, come vedemmo, non concedeva contro lo stesso venditore divenuto proprietario se non l'*exceptio doli mali* o *in factum*: se la stessa si debba concedere contro il terzo è discusso e la soluzione affermativa giustificata con le parole *aequius esse praetorem te tueri* e con la posizione che il primo compratore avrebbe di fronte al suo autore. Non appare da alcun altro testo della giurisprudenza classica che si sia giunti in questo caso a concedere la *exceptio r. v. et tr.* Soltanto Ermogeniano, nella L. 3, § 1, *h. t.*, 21, 3, così si esprime: « Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint ».

Se non che questa chiusa è certamente interpolata come già vide il Longo nel suo studio sulla successione a titolo singolare e come io ho confermato nei miei studî sulla *successio in universum ius*: sino alla giurisprudenza bizantina i *successores* non altro sono che gli eredi o in genere i cosiddetti successori a titolo universale. Ermogeniano quindi non faceva altro che accordare l'eccezione contro gli eredi.

Altro caso spurio è l'alienazione eseguita dal non proprietario in qualità di fideiussore. Non abbiamo qui se non un caso di applicazione dell'*exceptio doli* e la soluzione è

---

posto, e si comprende, poichè sta qui come altrove nel rapporto di successione, ma per l'*emptor*, con un'opposizione interna rilevabilissima, vien riposto in questa ragione: « interest emptoris primi, secundo rem non evinci ». Il trasferimento dell'eccezione non è dunque dato come una logica conseguenza dell'acquisto derivativo del diritto (successione), ma ci è presentato come un mezzo di assicurare meglio la tutela che il pretore ha voluto concedere al primo acquirente, il quale sarebbe tenuto con l'evizione verso il secondo, qualora la cosa gli venisse tolta di mano ».

motivata in modo pienamente congruo alla *exceptio doli*. L. 11, C., 8, 44 (45) Alexander *A Clementi:* « Exceptione doli recte eum submovebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit, qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictionem obligaverit (a. 231) ».

L'alienazione, s'intende, può esser stata fatta in tutte le debite forme: siamo assolutamente fuori della sfera dell'*in bonis* e dell'*exceptio*.

Contro l'erede del fideiussore la eccezione è negata.

L. 31, C., 8, 44 (45) Diocl. et Max.: « Heredem fideiussoris rerum, pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum eius cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis causa durante actione (a. 294) ».

Questo testo ha dato un certo imbarazzo, perchè sembra in contraddizione col precedente. Nei Pandettisti è forte la tendenza a prescinderne, accordando senz'altro l'*exceptio doli* anche contro l'erede del fideiussore. Il Maynz (1) concilia questa decisione con la precedente, dichiarando che il fideiussore non è mai soggetto all'*exc. doli* e la decisione della L. 11, C. *de ev.* si fonda sullo speciale motivo indicato, che egli si è obbligato *espressamente* per l'evizione. Ma a che cosa si può obbligare altrimenti un fideiussore, che presti garanzia per il venditore? Se il motivo è rilevato dal rescritto, se è detto che egli ha talmente consentito alla vendita *ut se etiam pro evictione obligaverit*, non è già per far intendere che quest'obbligo assunto è qualche cosa di straordinario per il fideiussore, ma per giustificare la *exceptio doli*, in quanto egli si viene a porre in contraddizione col fatto suo, con la sua volontà così chiaramente manifestata. Il Leonhard spiega la decisione presente come un resto dell'antico diritto per non essersi ancora piena-

(1) *Tr. de dr. rom.*, I, § 120, pag. 789.

mente sviluppato il principio della rappresentanza ereditaria (1). A quest'opinione in sostanza si accosta il Krüger (2). A nostro avviso, dal punto di vista del diritto classico il testo non è che una nuova espressione della genuina natura dell'eredità romana, per cui si subentra nella situazione giuridica già costituita in testa al defunto, ma non nella sua volontà; quel pensiero stesso per cui si nega il passaggio del possesso, della buona fede perpetua, dei rapporti condizionali nel diritto classico, quel pensiero di cui abbiamo già trovato l'espressione in precedenza nel campo stesso della *exceptio r. v. et tr.* in una ipotesi parallela alla presente.

Finalmente casi egualmente spurî sono i seguenti: il vero proprietario vuol rivendicare la cosa da lui venduta in qualità di creditore pignoratizio (3), il vero proprietario vuol rivendicare l'oggetto alienato da lui ad un terzo in qualità di mandatario del proprietario putativo (4), il vero proprietario vuol rivendicare l'oggetto alienato ad un terzo per mandato suo dal proprietario putativo (5), il vero proprietario vuol rivendicare le cose alienate sotto condizione sospensiva: per esempio, vuol rivendicare prima delle nozze le cose rimesse a titolo di dote, ma sotto condizione che divengano proprietà del marito *nuptiis secutis* (6).

Concludendo: l'*exceptio r. v. et tr.* nel diritto classico non era menomamente, come suona l'opinione universale, un aspetto particolare della *exceptio doli*, nè è mai uscita dall'àmbito dell'*in bonis*. La nuova configurazione è opera di

---

(1) *Jahrbücher für die Dogm. des R.*, vol. XVII (1879), pag. 192.

(2) Op. cit., pag. 67.

(3) PAUL., L. 10, D., 20, 5: « non esse audiendum creditorem si velit eiusdem rei ex alia causa dominium quaerere ».

(4) È la prima specie della celebre L. 49, D., 17, 1, di Marcello: « Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emptori neque si rem tradidisset vindicationem ei concedendam ».

(5) È la seconda specie della stessa L. 49, *mandati:* « mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur ».

(6) ULP., L. 7, § 3, D., 23, 3: « si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari ».

Giustiniano. È manifesto come con questo concetto venga ad esser ribadita ed appaia sotto tutt'altra luce la relazione della *exceptio r. v. et tr.* colla difesa passiva dell'*in bonis*. Anche coloro i quali non negavano che l'*exceptio r. v. et tr.* dovesse aver questa funzione, ritenevano tuttavia in generale che il suo àmbito fosse più largo (1).

E ora molte cose appaiono chiare.

Che valore ha nel nostro tema l'adagio tradizionale dei pratici: *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio?* Quale è il rapporto dell'*exceptio rei vend. et trad.* con l'evizione? La risposta è chiara adesso: per la nostra eccezione, nessuno. La nostra eccezione si fonda su di un'alienazione o convalescenza dell'alienazione, la garentia dell'evizione su di un'obbligazione: si comprende quindi come per la donazione possa nascere l'*exceptio* (cfr., per es., la L. 12 pr., D., 6, 2), mentre pure la donazione non obbliga a rispondere per l'evizione, e viceversa come l'erede del fideiussore possa essere tenuto per l'evizione, mentre non è tenuto a rispettare l'alienazione. Che se invece consideriamo l'obbligo dell'evizione in rapporto con l'*exc. doli*, allora l'affinità spunta fuori, perchè anche l'*exc. doli* non è in sostanza che la sanzione di una obbligazione, la quale ha il suo fondamento in una chiara volontà desunta da precedenti atti e di cui la buona fede e l'interesse commerciale esigono il rispetto: e uno appunto dei precedenti atti, da cui tale volontà si desume, può esser l'obbligo assunto di rispondere dell'evizione.

Quale rapporto ha la nostra eccezione con l'*exceptio dominii?* Vi ebbe qualche scrittore, come il Ballhorn-Rosen, il quale sostenne che sono la stessa cosa: ma l'opinione

---

(1) Cfr. per tutti il Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, pag. 1222: « Se l'opinione dei giuristi fosse stata concorde e decisa nel senso che al possessore protetto mediante l'*exceptio rei venditae et tr.* competesse l'*in bonis meum esse*, Giustiniano, dopo abolita la distinzione del *nudum ius Quiritium* e dell'*in bonis*, non avrebbe potuto accogliere nei suoi digesti la *exceptio r. v. et tr.* sotto un proprio titolo, vale a dire evidentemente come un istituto ancora pratico ».

venne generalmente respinta. E se si tiene l'occhio alle forme processuali, se si confonde l'*exc. rei vend. et trad.* con l'*exc. doli*, se si concepisce la nostra eccezione come estesa dall'*in bonis* a ipotesi nuove, senza riconoscere in esse una convalescenza dell'*in bonis*, tale opinione non poteva certamente attecchire. Ma ristretta l'*exc. rei vend. et tr.* nei suoi angusti termini, è certo che, se nel diritto classico essa rappresentava una convalescenza pretoria, nel diritto giustinianeo deve significare piena convalescenza: che la forma processuale d'eccezione non deve impensierire nel diritto giustinianeo, in cui è svanita nella maggior parte dei casi la differenza processuale tra difesa ed eccezione, e anche dal punto di vista del diritto sostanziale, la distinzione non si avverte sempre e si può dare il nome di eccezione a una vera difesa negativa; che infine, passando sopra a questa lieve imperfezione formale, certo in pratica non si scorge diversità tra l'*exc. r. v. et tr.* e la cosiddetta *exceptio dominii*.

Con ciò abbiamo preventivamente risoluto in senso affermativo la questione se i casi d'*exc. rei vend. et trad.* siano divenuti dominio pieno in forza della L. un., Cod. *de nudo iure Quir. toll.*, 7, 25. L'affermativa fu già sostenuta da Cuiacio *ad* L. 31, D. *de act. empti vend.*, 19, § 1, *Uterque*, dallo Zimmern (1), dal Michelsen (2), ma non aveva favore (3).

Certamente nel diritto giustinianeo l'azione è presentata come una concreta applicazione della *exceptio doli*, ma questo concetto ha valore più formale che sostanziale e ha lo scopo più che altro di appianare le oscillazioni tra l'una e l'altra. In realtà questa applicazione della *exceptio doli* ha carattere specialissimo e significa in sostanza la convalescenza del dominio oramai unico.

(1) *Rheinisches Mus.*, vol. III, pag. 332.

(2) Op. cit., pag. 49.

(3) Cfr. Windscheid, I, § 172, n. 5; Leonhard, *Jahrb. für die Dogm. des r. R.*, vol. XVII (1879), pag. 204 e seguenti.

VIII.

La “ iusta causa „ dell’usucapione e il suo rapporto colla “ bona fides „ (*).

Sommario.

1. Oggetto del mio studio. — 2. L’usucapione romana è acquisto mediante il possesso. Si argomenta dalla denominazione, dalle varie designazioni e dalle definizioni classiche dell’istituto. Obbiezione: Che cosa rappresentano gli altri requisiti? Transizione. — 3. Limite di tale efficacia acquisitiva dell’*usus* o *possessio*. Il principio della non-lesione altrui nell’acquisto de’ diritti: *causa* o *iusta causa*. Applicazione all’acquisto mediante il possesso: si richiede l’assenza di lesione altrui nell’atto d’acquisto del possesso, ma in sè considerato e non ne’ suoi effetti: in altri termini, la presa di possesso non deve accadere compiendo una evidente violazione dell’altrui sfera giuridica. Perchè gli stessi limiti non sono posti alla difesa del possesso interdittale: differenza di natura e di fondamento tra il possesso interdittale e il possesso *ad usucapionem*. — 4. Evoluzione storica del principio della non-lesione altrui. Antico diritto: esteriorità o riguardo esclusivo agli elementi esteriori nella determinazione della causa. Stato corrispondente circa l’assenza di lesione altrui come limite dell’usucapione: assenza di lesione del *possesso* altrui. Assenza di furto? Elaborazione teorica: «iusta possessio (nec vi nec clam nec precario)». Argomenti positivi: 1° le usucapioni lucrative; 2° la pretesa usucapione delle servitù. — 5. Teoria dello Stintzing. Pregio essenziale. Critica. — 6. Evoluzione: riguardo all’*intrinseca* natura dell’atto, cioè alla coscienza e volontà dell’agente nella presa di possesso. Principio di questo mutamento: il possesso deve esser acquistato in base a un *rapporto positivo* coll’antico possessore che esprima una *intrinseca* assenza dell’altrui lesione: *iusta causa possidendi* o *usucapionis* in senso proprio. Conseguenza pratica: prova della *iusta causa*. Ragione.

(*) Dalla *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. XV (1893), pag. 161 e segg., 321 e seguenti; con osservazioni in nota e postille finali. Lo studio è inoltre qua e là abbreviato, specialmente al n. 8, che riassumeva i miei concetti circa l’*in bonis habere*.

Esame delle *iustae causae possidendi* in generale. *Possessio pro suo.* — 7. Progresso ulteriore: si desume l'assenza intrinseca di lesione altrui nella presa di possesso da tutto quanto il comportamento del subbietto: *bona fides.* Natura della *bona fides.* Momento: al principio del possesso e perchè. Restrizioni alla regola « *mala fides superveniens non nocet* ». Uffizio integrativo della *bona fides* e suo rapporto subordinato rispetto alla *iusta causa* nell'esprimere la non-lesione altrui. Argomenti: 1° la *mala fides* annienta la *iusta causa* e la *possessio pro suo;* 2° prova della *bona fides:* si presume (*praesumptio hominis*). Ragione della presunzione. Funzione principale e funzione accessoria della *iusta causa.* — 8. Denominazione generale della « possessio ad usucapionem »: *possessio bonae fidei.* Ragione. *In bonis* e *bonae fidei possessio.* — 9. Attitudine della *bona fides* ad integrar qualunque momento della *iusta causa.* Cause che resero più spiccata ed efficace tale attitudine. Evoluzione della *bona fides:* involuzione della *iusta causa* ed esaltazione della sua funzione accessoria: essa tende a diventare *iusta erroris causa.* Conseguenze. Momento finale di questo svolgimento in astratto: la *iusta causa usucapionis* è sostituita interamente dalla *bona fides* e dalla *iusta causa erroris.* Le fasi storiche del movimento presso i Romani: problema del titolo putativo. Nerazio. Opposizione di Celso. Giuliano e Africano. Gaio. Posizione singolare di Pomponio. Reazione dell'ultima giurisprudenza: Papiniano, Paolo, Ulpiano. Legislazione imperiale. Cause di questa reazione. Stato delle cose in generale nel diritto ultimo e nel diritto giustinianeo. — 10. Riassunto generale e giudizio sul risultato ultimo dell'evoluzione. — 11. Esame critico delle opinioni sulla *iusta causa*, la *bona fides* e la relazione de' due requisiti.

1. Mi propongo di riprendere in esame la dottrina della *iusta causa usucapionis*, studiandola così nella essenza e nella funzione sua, come nella sua genesi e nella sua storica evoluzione, e rilevando insieme il rapporto storico e logico che intercede tra essa e la *bona fides*.

Tale studio dovrebbe anche avere per risultato di mettere in luce la vera funzione dell'usucapione romana: e insieme ci porterà ad esaminare e chiarir meglio la natura di istituti affini.

Dedicherò un altro studio, che potrà considerarsi come la continuazione del presente, all'esame di ciascuna *iusta causa* in particolare, a fine di stabilire positivamente e con certezza il limite cui pervenne il diritto romano nella evo-

luzione ultima o piuttosto nella *involuzione* della *iusta causa* a vantaggio della *bona fides;* nuova rappresentazione di uno stesso perenne concetto generale.

2. Se noi fermiamo un poco l'attenzione al senso della denominazione classica *usucapio*, alle altre designazioni e alle definizioni stesse dell'istituto, il concetto genuino della usucapione ci appare semplicemente questo: *usucapio* è acquisto mediante il possesso. E per vero *usucapio* non significa se non *possessione capio;* poichè *usus*, com'è risaputo, non è che l'antico vocabolo indicante la *possessio*, il contrapposto normale dell'antico *mancipium*, qual è *possessio* rispetto alle voci nuove *dominium* e *proprietas* (1). L'attributo *capio*, acquisto, a rigore è soverchio: ogni altro modo d'acquisto si nomina di regola col puro suo nome specifico: *occupatio*, *implantatio*, *traditio*, etc. E nella lingua più antica il termine era appunto semplicemente *usus:* tale è la forma che si conserva nel testo famoso delle XII Tavole. Inoltre il fatto stesso che *usus* nel diritto classico dura ancora per designare l'usucapione della donna, vieta oramai e andata in desuetudine (2), ne sarebbe indizio sufficiente. È la stessa forza d'inerzia, per cui la potestà, pur essa antiquata, sulla donna serba il nome primitivo della potestà

(1) Per l'antitesi *usus-mancipium* (*usu-mancipio*), cfr. specialmente Lucr., III, 969 (o 971, 984, 985); Cic., *ad Cur.*, VII, 30, 2; Publ. Syr., *Sent.*, 593; Arn., *Adv. Nat.*, II, 27 [Cfr. sopra *Res mancipi*, pag. 88, n. 2 e 92 n. 1]. — Interessante è il testo notissimo di Festo, v. *Possessiones* [Bruns-Mommsen, II, pag. 25]: « Possessiones appellantur agri lati patentes publici privatique, quia non *mancipatione*, sed *usu* tenebantur », ove io credo che Festo o il secondo abbreviatore barbaro dell'opera di Verrio Flacco abbiano sostituito *mancipatione* all'originario *mancipio* « in proprietà ». (V. le mie *Res mancipi*, sopra, pag. 81-82).

Antitesi analoghe tra *possessio* o *usus* e *dominium* o *proprietas* v. in Hor., *Sat.*, II, 2, 134; Liv., I, 46; XLV, 13; Gai., II, 7 [Cfr. sopra *Res m.*, pag. 83, n. 1].

(2) Gai., I, 111: « Usu in manum *conveniebat*, quae, etc. — sed hoc totum ius *partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est* ».

generale del *pater familias: manus*. D'altra parte e negli scritti più antichi e negli stessi giureconsulti classici, oltre a *usucapio*, *usucapere*, si trova detto pure *usu suum facere* (1), *usu* o *per usum adquirere* (2) o *capere usu* (3), o disgiunti liberamente i due membri mediante parole interposte (4). Forse la relazione ideologica tra *usus* e *usucapio* non era diversa in origine da quella esistente pure in antico tra *mancipium* e *mancipatio*, il quale secondo termine aveva allora il significato di un acquisto effettivo, attuale nella forma del *mancipium* (in antitesi a *emancipatio:* alienazione, rinuncia). Del resto la preferenza accordata a *usucapio* sopra *usus* o *possessio* ha una ragione ben più evidente che non il bando inflitto nella lingua della giurisprudenza classica a *mancipium:* e l'ha in quel noto canone di selezione linguistica, per cui tra due voci si elegge quella che giova meglio

---

(1) PLAUT., *Amph.*, I, 1, 219; *Auct. ad Her.*, IV, 29, 40; SEN., *Ep.*, 12, 8. — ED. PRAET., L. 1, § 1; L. 21 pr., D. *ex quib. caus. mai.*, 4, 6. — IUL., L. 33 pr., D. *de usuc. et usurp.*, 41, 3.

(2) *Usu adquirere:* IUL., L. 82, § 1, D. *de leg.*, 30; ULP., L. 21, § 2; L. 23, § 2, D. *ex quib. caus.*, 4, 6; L. 23 (22), § 3, D. *ad Sen. Treb.*, 36, 1. *Per usum adquirere*, *adquisitio:* PAP., L. 19, D. *ex quib. caus.*, 4, 6; ULP., L. 23, § 1; § 4, D. *ibid.* — Si richiamino pure *usu perdere, amittere, usus aufert*, ecc. così ne' giuristi, come negli scrittori non giuristi, particolarmente in Plauto.

(3) SERV. SULP. in PAP., FR. VAT., 294; HYG., *de gen. contr.*, 126, 7; POMP., L. 30, § 2, *de usurp. et usuc.*, 41, 3; PAP., L. 44, §§ 2, 4, D. *ibid;* PAUL., L. 2 pr., § 17, D. *pro empt.*, 41, 4. — E probabilmente in altri testi ora interpolati.

(4) IUL. in ULP., L. 1, § 2, *pro dote*, 41, 9: « usu (usus F) quoque capio »; GAI., *Inst.*, III, 80: « usus quidem capio »; POMP., L. 29, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3: « usu eas capere »; POMP. (*inscr.* PAUL.), L. 31, § 6, *ibid.:* « usu eum capturum ». — Normale ne' giureconsulti è l'espressione *usu non capere:* Cfr. L. 3, § 17; L. 13 pr.; L. 43, § 1; L. 44, § 7, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; L. 2, §§ 1, 6, 7, 10, 13; L. 7, § 5, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 3, D. *pro suo*, 41, 10. — GELLIO (*Noct. Att.*, VII, 1) discute appunto la questione se questa parola (ch'egli scrive peraltro nella forma corrotta *usus capio*) e il termine *pignoris capio*, debbansi pronunciare congiungendo o disgiungendo i due membri [Contro le induzioni dello SCHOELL, *XII Tab.*, pag. 102 e seguenti da questa forma irregolare *usus capio*, v. PERNICE, *Labeo*, II, 1 (2a ediz., 1895), pag. 331-332, n. 1].

a schivare gli equivoci. Nel diritto posteriore infatti *usus* aveva preso a designare anche una servitù personale, un diritto, e *possessio* si riserbò bensì al possesso come rapporto giuridico, ma in relazione ai suoi effetti più immediati.

Se la denominazione dell'istituto è basata sul possesso, anche le definizioni classiche non ne dànno altro concetto se non quello d'un acquisto mediante il possesso. — « Usucapio est adeptio dominii per continuationem possessionis anni vel biennii » dice Ulpiano (1); e il suo discepolo, Modestino, ripete alla lettera questa definizione, alterata quanto al decorso del tempo da Giustiniano (2).

Ma se questo momento del possesso ci è dato dalla denominazione e dalle definizioni classiche come il vero momento dell'usucapione, siam forse tratti necessariamente a inferirne che l'idea fondamentale dell'usucapione sia quella semplicemente di un acquisto mediante il possesso? E non si potrebbe invece dire che quelle definizioni sono inesatte, che la denominazione stessa, come tante denominazioni, doveva esser naturalmente creata sopra un solo elemento del concetto, mentre la vera essenza di un istituto deve ricavarsi dal suo complessivo organismo, nel quale i varî elementi si fondono in una unità superiore?

L'obbiezione sarebbe giustissima, se non fosse che si riesce assai meglio, io credo, a dare di questi altri elementi una spiegazione estranea pienamente alla natura e allo spirito dell'usucapione; una spiegazione, per cui vengono a presentarsi non già come elementi utili alla funzione dell'istituto, ma come intesi piuttosto a restringerne l'àmbito, per render l'usucapione in armonia con un principio e una funzione più generale del diritto. Questi altri requisiti sono in sostanza, nel diritto classico, la *iusta causa* e la *bona fides;* giacchè, quanto al tempo, esso è incluso nel requisito del possesso; possesso, s'intende, durato per un certo

(1) Ulp., *Fragm.*, XIX, 8.

(2) L. 3, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3.

tempo, che la legge ha dovuto naturalmente fissare; il tempo di per sè non significa niente, non genera, non estingue niente. Ora io intendo appunto dimostrare che i due requisiti della *iusta causa* e della *bona fides* hanno, quanto alla usucapione, ufficio limitativo, negativo, che potrebb'esser violato dal principio dell'usucapione; ch'essi insomma — mi sia permessa l'immagine — non che rientrare nel territorio dell'usucapione, ne costituiscono piuttosto le frontiere (1).

Ciò posto, le testimonianze recate sopra riacquistano il loro pienissimo valore. Esse ci dànno l'usucapione come un modo di acquisto della proprietà mediante il possesso. E invece nessun indizio che il possesso sia un mezzo per *sanare* i vizî d'un atto d'acquisto, che l'usucapione abbia per iscopo di *convalidare* colla forza del tempo un acquisto imperfetto del dominio. No, il possesso era precisamente un modo di *acquistar* la proprietà. Ed in questo che l'usucapione non abbia punto il carattere di una sanatoria eccezionale, di un modo d'acquisto *extra ordinem* — al che contraddicono del resto anche tutte le altre testimonianze delle fonti — io sono d'accordo collo Stintzing e discorde invece dalla comune opinione.

3. Ma fino a qual punto lo Stato poteva attribuire al possesso valore acquisitivo?

---

(1) [Il concetto è stato espresso in seguito con alcune inesattezze, ma nella parte essenziale quasi negli stessi termini e, pare, indipendentemente dal mio studio, in Pernice, *Labeo*, II, 1 1895, pag. 464 (aggiunta nuova della 2ª ed., cfr. 1ª ed., pag. 209): « L'usucapione è un modo di acquisto riconosciuto *ab antiquo* come conseguenza del decorso del tempo; le XII Tavole e la giurisprudenza ricollegantesi ad esse lo hanno disciplinato, cioè hanno soggiunto al possesso *requisiti limitativi* (*beschränkende Vorbedingungen*): la *iusta causa* e in seguito anche la *bona fides* ». Per quel che riguarda il tempo tengasi presente quanto diciamo nel testo e nella postilla finale a questo studio a proposito della *longi temporis praescriptio*. Per quel che riguarda la cronologia dei requisiti limitativi, il Pernice è tradito forse dall'espressione: non soltanto la *bona fides*, ma anche la *iusta causa* non si ricollega alle XII Tavole, bensì alla giurisprudenza posteriore].

Il diritto come tutte quante le altre norme sociali — non diverse dal diritto, quanto all'essenza e alla funzione loro — ha per principio fondamentale questo: che ciascuno tenda al suo fine, *senza ledere altrui;* lesione, s'intende, misurata dalla coscienza *giuridica* di un dato ambiente sociale. In altri termini la legge non riconosce acquisto (o anche perdita) di diritti ne' singoli, non riconosce valore giuridico a un fatto, se non quando il fatto esprime o almeno si presume che esprima certe condizioni, un tale stato di cose e di rapporti, per cui, nella coscienza giuridica comune, l'idea d'una lesione altrui venga ad essere esclusa. Secondo le circostanze poi, cioè secondo che l'acquisto del subbietto abbia pure una utilità generale o una utilità meramente individuale, ovvero secondo che la volontà del subbietto si possa o non si possa presumere, basta il fatto esprimente la non lesione altrui, nè si esige nulla di più, ovvero si richiede invece, oltre a quella condizione, un'affermazione espressa di voler acquistare, si richiedono anche forme solenni. Nel primo caso l'acquisto avviene in base alle mere condizioni di fatto poste dalla legge, in base al mero rapporto obbiettivo, che il fatto giuridico pone in essere tra l'acquirente e gli altri subbietti o un altro subbietto determinato, onde s'usa dire che l'acquisto avviene *ipso iure*, *lege:* tale, per es., è l'acquisto originario della proprietà per alluvione o avulsione, l'acquisto derivativo del legato, dei lucri nuziali da parte dei figli del primo letto, l'acquisto di una obbligazione *lege*, ecc. Nel secondo caso l'acquisto avviene solo quando siasi manifestata la propria volontà di acquistare, quando siasi adempiuto a tutte le forme. S'usa dire perciò che l'acquisto avviene per volontà del subbietto o delle parti, ma in effetto la volontà del subbietto o delle parti ha per sostrato necessario la condizione legale, che nella prima ipotesi è tutto: tale è il caso dell'acquisto della proprietà per occupazione, che ha per necessario presupposto l'esser la cosa che si occupa *res nullius* o *derelicta*, dell'acquisto per tradizione, il cui

presupposto è una vendita reale o una donazione reale o un pagamento o altro rapporto *coll'antico proprietario;* tale è pure il caso dell'acquisto di una obbligazione contrattuale, per es. *ex mutuo*, che presuppone una dazione eseguita, *ex empto*, che presuppone almeno la promessa di dare il prezzo, ecc.

Questo è sempre adunque il momento essenziale, quando non è l'unico: che l'acquisto avvenga in condizioni tali da non portare, secondo lo spirito di una data legislazione, alcuna lesione altrui: che avvenga insomma *sine aliena iactura*, *sine alterius detrimento et iniuria.* Ora i Romani che di ciò ebbero sempre una chiarissima intuizione, non raggiunta ancora dalla speculazione moderna, chiamarono un tal momento *causa* o *iusta causa:* l'acquisto è impossibile, radicalmente nullo, se la *causa* o *iusta causa* assolutamente non sussiste, è rescindibile, qualora solo apparentemente, presuntivamente sussista; il che, per es., accade in caso di concatenazione accidentale di più cause, di cui soltanto la prossima sia vera.

Concludendo: ne' fatti produttivi d'acquisto (o perdita) di diritti s'hanno a distinguere due momenti: l'uno primario, essenziale, la causa o rapporto di non-lesione, che di solito, poichè la maggior parte degli acquisti sono derivativi, cioè si subentra nel diritto perduto o alienato da un altro subbietto, è un rapporto con un subbietto determinato; l'altro non egualmente essenziale, costituito dell'affermazione (o negazione) del proprio diritto e dalle forme che l'accompagnano, qualora certe forme si richiedano.

Una eccezione al principio sembra che costituiscano gli acquisti formali in istretto senso, cioè quegli acquisti in cui l'osservanza di certe forme tien luogo della causa per modo che questa non si ricerca più dallo Stato per riconoscere e garantire l'acquisto: e talvolta l'acquisto è rescindibile, dimostrando l'assenza della causa vera, cosicchè la causa vera vien quasi a fungere da causa remota, talvolta — ed è questa la figura più netta di un acquisto formale — non

è ammesso nemmeno che si ricerchi la causa per rescindere gli effetti portati dall'atto. Ma gli è evidente che anco in questa figura tipica dell'acquisto formale, se a una data forma è riconosciuto quel dato effetto, ciò avviene perchè di regola quella forma è argomento, indice abbastanza sicuro dell'esistenza della causa; insomma la causa si presume non per un arbitrio del legislatore, ma perchè ragionevolmente la si può presumere. Senza dubbio a dar valore assoluto alle forme influiscono altri motivi: l'interesse commerciale, il bisogno di evitar le difficoltà della prova, ecc.; ma nello spirito del diritto non c'è punto l'idea di prescindere effettivamente dall'esistenza di un rapporto di non-lesione, di una causa: il diritto ucciderebbe se stesso. Messe così le cose, gli acquisti formali non costituiscono punto una eccezione, ma un'applicazione singolare, che riesce, appunto perchè singolare, a una conferma del principio. Del resto, la sfera degli acquisti formali o almeno di quelli in cui non si ammette in niun modo la ricerca della causa, neppure per rescinder l'atto, è, in un diritto abbastanza evoluto, limitatissima.

Io non credo di dover qui entrare in più minuti particolari circa l'esplicazione concreta di questo principio; mi riserbo di farlo in un apposito scritto sulla causa. Ma è facile scorgere che, riconoscendo l'acquisto mediante il possesso in tutta la sua estensione, si andava incontro a un rischio ben grave. Non voglio già dire che ammettendo questa efficacia senza limiti si sarebbe pervenuti ad annientare totalmente per questo caso il principio fondamentale del diritto che ogni acquisto giuridico debba accadere senza lesione altrui. Ciò potrebbe a prima vista sembrare; ma chi ben guardi, il momento della non-lesione altrui è propriamente stabilito nelle ragioni di utilità sociale e nella presunta acquiescenza del proprietario: « vix est-ut non videatur alienare qui patitur usucapi ». Ma sarebbe certo scalzato quel principio nelle sue basi, qualora non si guardasse punto al modo onde il possesso ebbe principio, qua-

lora insomma si desse quasi uno stimolo e un premio al mal fare. Il diritto che suol rispettar anco il sentimento morale, anzi in genere qualunque sentimento rispondente ad altre sfere di norme sociali, violerebbe in questo caso il sentimento giuridico istesso.

Ma quale il mezzo di non rompere a questo scoglio? Semplicissimo: richiedere che il possesso non siasi acquistato compiendo un tale atto che implichi una invasione evidente dell'altrui sfera giuridica; in altri termini che non sia il prodotto di una colpa. Non è già che si richieda un negozio d'acquisto del dominio come condizione dell'acquisto mediante il possesso; si vuole solamente l'assenza di una lesione altrui nell'atto d'acquisto del possesso, considerato l'atto d'acquisto in se stesso e non ne' suoi effetti.

Una obbiezione a questo ragionamento si potrebbe fare: e perchè gli stessi limiti non sono posti alla difesa interdittale del possesso?

Ma, se ben si considera, la difesa del possesso interdittale ha una portata e una efficacia ben più ristrette e deve quindi avere un fondamento ben diverso che non l'acquisto del dominio che consegue dal possesso *ad usucapionem*. Il possesso interdittale non è difeso contro qualunque turbativa o perdita, ma solamente contro quelle turbative o perdite che abbiano determinati caratteri: non solo non è difeso contro chi provi di esser proprietario, ma nemmeno contro qualunque terzo il cui possesso non sia viziato rispetto al precedente possessore, in quei casi insomma in cui la turbativa o perdita subìta non rivesta quei determinati caratteri. Invece l'usucapione è un effetto che si oppone all'antico proprietario stesso. Per conseguenza la ragione della difesa del possesso interdittale è da ricercare entro quei limiti in cui quella difesa si esplica, e perciò io non credo che, quanto ad esso, ci si possa allontanare dalle teorie che attribuiscono a questa difesa un carattere penale o in genere di protezione dell'ordine giuridico o della personalità, un

carattere insomma relativo all'atto che turba o rapisce il possesso: io credo assolutamente erronee le teorie della proprietà incipiente o presunta o della esteriorità della proprietà, mentre questo possesso non mira affatto alla proprietà e lo possono sapere benissimo l'attore, l'avversario, il giudice e il pubblico. Invece la ragione dell'acquisto del dominio, che consegue al possesso *ad usucapionem* (e quindi anche della difesa contro qualunque terzo, eccettuato il solo proprietario, anche se il possessore CASU *amiserit possessionem*, accordata in seguito allo stato di usucapione) è da ricercare nella utilità sociale del possesso istesso, poichè codesta efficacia è assoluta.

E per me sarei inclinato a ritrovare tale ragione di utilità sociale nel bisogno e nello scopo che tutte le cose siano, finch'è possibile, utilizzate perennemente dai singoli, asservite ai bisogni dei cittadini: poichè in generale tutto il sistema romano dei diritti reali mi par veramente fondato sul principio della più generale e perpetua utilizzazione de' beni da parte de' singoli. Una simile indagine a ogni modo è fuori dei limiti del presente lavoro.

4. Limite all'*usu-capio*, all'acquisto mediante il possesso, doveva essere adunque l'assenza di lesione altrui nell'atto di acquisto del possesso, considerato l'atto in se stesso e non ne' suoi effetti. Come però stabilire con sicurezza l'assenza di lesione altrui nell'atto d'acquisto del possesso, se si prescinde appunto dal negozio giuridico di acquisto del dominio? Già di per sè dovrebb'esser difficile ammettere che sin nella età più antica tale requisito fosse rappresentato da un elemento di così delicata analisi, e il più delle volte così difficilmente separabile dal negozio giuridico di acquisto, come la *iusta causa*, ovvero da un elemento tutto spirituale e interno, come la *bona fides*. Tutti gli stadî di sviluppo giuridico non molto progredito presentano invece quale fenomeno generale e caratteristico un esclusivo riguardo alla esteriorità, cioè a elementi materiali, visibili,

nella determinazione de' rapporti giuridici. Lasciando per ora da parte l'indagine circa gli aspetti varî e le cause di questa manifestazione caratteristica dell'antico diritto, certo è che essa porta a un concetto tutto esteriore della non-lesione, genera, vale a dire, un esclusivo impiego di criterî e mezzi esteriori nel determinare la causa giustificativa di ogni acquisto.

E forse in nessun istituto ciò si scorge più distintamente di quel che avvenga nella proprietà. La proprietà ha una *immagine esteriore*, per dirla col Ihering, caratteristica ed eterna, il possesso. E precisamente nel diritto romano la proprietà non s'è mai liberata del tutto dall'influenza di questa sua visibile, materiale espressione. Lasciamo pure che i Romani si rappresentano sempre l'acquisto e il trasferimento del diritto di proprietà come acquisto e trasferimento della cosa: v'ha un fenomeno perdurante sino all'ultimo momento dello sviluppo giuridico romano ch'è per me ancora più caratteristico, ed è il seguente: che la trasmissione del possesso, la tradizione, sia stata considerata come la forma naturale, *iuris naturalis*, cioè rispondente alla coscienza romana, della trasmissione del dominio. Senza dubbio la tradizione venne allora intesa in un senso più pregno e ricomprende in questo senso anche la *iusta causa;* il nome completo del modo di tramissione è *traditio ex iusta causa:* e si distingue la *traditio ex iusta causa* dalla mera trasmissione del possesso, *nuda traditio*. Ma resta sempre questo, che la volontà di trasmettere il dominio, all'infuori degli atti civili, *iuris civilis*, cioè delle forme, non si sa concepire se non manifestata mediante la trasmissione del possesso, come quella di acquistare non ha altra espressione naturale che l'apprensione del possesso: *occupare*, *accipere*. Ora il diritto primitivo doveva essere necessariamente ancor più legato a questa materialità: la tradizione materiale, in quanto è espressione della volontà di rinunciare alla cosa a favore di Tizio, doveva essere anche espressione della *iusta causa*, senz'altro: insomma, questo solo si doveva

richiedere che il possesso fosse acquistato senza lesione *esteriore* del diritto altrui, cioè senza lesione del *possesso* altrui, senza compiere atto evidente d'usurpazione. Il momento giustificativo ed essenziale dell'acquisto giuridico, nello spirito del diritto antico, non poteva presentarsi altrimenti che nella forma di non-lesione del possesso e in questa sola forma.

Ciò che doveva rendere tollerabile un tal modo esteriore di rappresentare il rapporto di non-lesione, la *causa*, gli è appunto ciò che più tardi sembrerà un intollerabile peso: l'ampio dominio delle forme e degli acquisti formali. Con rappresentazioni naturalistiche così inadeguate della *causa*, la ferrea osservanza delle forme più rigide finisce per essere il sistema, che dà sicurezza di maggior rispondenza alla sostanza de' rapporti e alla verità; in una parola, il sistema più equo. Così avveniva che nella maggior parte degli acquisti giuridici e ne' più importanti, cioè negli atti di trasmissione degli oggetti d'interesse sociale, le *res mancipi* (1), e nelle trasmissioni a causa di morte, quella che sarebbe stata nello spirito dell'antico diritto la espressione naturale della *iusta causa* era d'ordinario, del pari che la naturale affermazione del proprio diritto, sopraffatta e surrogata da solenni modi di rinuncia e d'investitura.

Data la rappresentazione tutta esteriore della causa nello antico diritto e data questa immagine esteriore della proprietà nel possesso, a me è chiaro che la causa dell'usucapione doveva nell'antico diritto esser configurata semplicemente come non-lesione del *possesso altrui*. Per poter acquistare mediante il possesso non dovea l'acquisto stesso del possesso costituire un atto di usurpazione, ecco tutto. E ben presto già l'antica giurisprudenza dovette occuparsi di dare un assetto definito a questo modo di concepire la causa dell'usucapione. A tale bisogno, io credo, deve la sua

---

(1) Tale è il senso che io dò alle *res mancipi* e nel nostro diritto alle cose immobili [V. sopra *Res mancipi*, pag. 216-219; 235-259].

prima origine la distinzione tradizionale dei *vitia possessionis*, ossia la fissazione delle tre forme di lesione materiale dell'altrui possesso, e il concetto della *iusta* o *iniusta possessio* che da quei vizî dipende; poichè, com'è noto, il significato proprio e genuino della *iusta possessio* è possesso acquistato *nec vi nec clam nec precario*. La *causa possessionis* o *usucapionis* era determinata dall'esistenza o inesistenza di *vitia possessionis* (1).

Ma che tale fosse lo stato delle cose nell'antico diritto, che il principio della non-lesione dovesse bensì esistere sin d'allora, come limite dell'usucapione, ma in pari tempo esser concepito come non-lesione del possesso, n'abbiamo ancora argomenti più prossimi e più particolari in quelle figure oramai famose di usucapione, che per la prima volta ci vennero rivelate dalle Istituzioni di Gaio: l'*usucapio pro herede*, e le *usureceptiones*. La singolarità di queste usucapioni, per cui non si richiede nè *iusta causa* — nel senso del diritto

---

(1) Interessante è in proposito un passo di Cic., *De lege agrar.*, III, 3, 11: « Nam attendite quantas concessiones agrorum hic noster obiurgator uno verbo facere conetur: *quae data*, *donata*, *concessa*, *vendita*. Patior: audio. Quid tandem? *possessa*. Hoc tribunus plebis promulgare ausus est ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possiderit, id eo iure teneret, quo quod optimo privatum! Etiamnum si *vi*, etiamnum si *clam*, si *precario* venit in possessionem? Ergo hac lege ius civile, *causae possessionum*, praetorum interdicta tollentur ».

Notisi che nel diritto classico la *possessio iusta* e *iniusta* in senso assoluto (erga omnes) non ha quasi alcuna applicazione. Nella concessione degli interdetti, come, per es., l'interdetto *uti possidetis* o *de superficiebus* o *de itinere actuque*, e simili, si guarda soltanto che il possesso sia *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* in confronto dell'altra parte. Tuttavia il significato della *iusta possessio* è pur sempre quello di possesso acquistato *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* e in modo assoluto. Cfr. gli stessi testi relativi agli interdetti, come la L. 2, D. *uti poss.*, 43, 17, di Paolo, la L. 3 pr., *eod.*, di Ulpiano, la L. 53, D. *de adq. vel am. poss.*, 41, 2, di Venuleio; ma più specialmente Celsus, L. 12, D. *quemadm. serv. amit.*, 8, 6; Gaius, L. 13, § 1, D. *de publ.*, 6, 2; Iavolen., L. 24, D. *de adq. vel. am. poss.*, 41, 2; Paul., L. 3, § 5, *eod.*; Ulp., L. 7, § 4, D. *comm. div.*, 10, 3. Ma nel diritto posteriore *iustus possessor* viene a essere talvolta adoperato vagamente per designare il nuovo possessore *ad usucapionem* (*ex iusta causa*).

classico — nè *bona fides*, la repugnanza della giurisprudenza classica verso di esse, che si manifesta negli stessi appellativi (1), la caratteristica antitesi con cui si enunciano di fronte alla normale usucapione (2), il processo di dissoluzione cui vanno soggette per opera della giurisprudenza stessa e della legislazione (3), la connessione loro con istituti antichissimi e anche qualche accenno diretto delle nostre fonti, tutto insomma porta a credere che esse non siano se non reliquie dell'antico sistema, probabilmente sopravvissute per la connessione con altri istituti. Ora tanto nell'*usucapio pro herede*, quanto ne' diversi casi di *usureceptiones* il possesso dell'usucapiente può essere intrinsecamente lesivo delle ragioni altrui, ma nondimeno l'usucapione

---

(1) *Improba* possessio et usucapio: GAI., *Inst.*, II, 55. *Lucrativa* e simili (lucrifaciendi causa, lucrum facere): GAI., *Inst.*, II, 57, 60; L. 5, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; IULIAN., L. 33, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; L. 2, § 1, D. *pro her.*, 41, 5; IAVOLEN., L. 72 (71), § 1, D. *de furt.*, 47, 2.

(2) Cfr. GAI., L. 5, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3 (a proposito dell'interruzione naturale del possesso): « Sed ne illud quidem interest *pro suo* quisque possideat an *ex lucrativa causa* ». — POMPON., L. 6, D. *pro emptore*, 41, 4: « Qui, cum *pro herede vel pro emptore* usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest ». — PAPINIANUS, L. 44, § 5, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3: « *Non mutat* usucapio superveniens *pro emptore vel pro herede*, quominus pignoris persecutio salva sit ».

Non vi può esser dubbio che nel primo de' testi citati la *lucrativa causa* non accenna punto al comune titolo lucrativo; ma anche nei testi successivi il titolo *pro emptore* e il titolo *pro herede* non sono, a parer mio, posti l'uno accanto all'altro se non come esempî tipici, l'uno della usucapione normale, l'altro della così detta usucapione lucrativa.

(3) Si ricordi solamente per la giurisprudenza il principio *Nemo sibi causam possessionis mutare potest*, diretto a porre un argine alla usucapione lucrativa in genere ne' casi più iniqui (Cfr. L. 33, § 1, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; L. 2, §§ 1, 2, D. *pro her.*, 41, 5; L. 69 (68), 70 (69), 71 (70), D. *de furt.*, 47, 2), e il Sc. adrianeo che sancì la revoca della usucapione *pro herede* (GAI., *Inst.*, II, 57). — Agli argomenti addotti nel testo per l'anomalia di queste usucapioni (che pure alcuno, tra cui lo stesso BRINZ, *B. f. poss.*, pag. 83, e APPLETON, *Propr. prét.*, I, pag. 282 e seg., perviene implicitamente a negare) aggiungasi pure il fatto che non è concessa l'*actio furti* a questi possessori (L. 72 (71), § 1, D. *de furt.*, 47, 2).

è concessa, purchè il possesso istesso non siasi acquistato mediante una violazione del possesso altrui. L'usucapione delle cose ereditarie, per cominciare da questa, era ammessa alla sola condizione *che l'erede non avesse ancor preso possesso delle medesime*. Ciò è ripetuto più volte nelle nostre fonti (1), ed è anche a ritenere che questa fosse la ragione per cui non si poteva mai usucapire contro un *heres suus* (2).

Ora su tali cose l'erede aveva bene un diritto in qualunque momento, cioè diritto di eredità — comunque questo si voglia concepire — prima dell'adizione, diritto di proprietà dopo l'adizione. Se i giureconsulti romani dicono che le cose ereditarie *nullius in bonis sunt*, lo dicono in un senso molto singolare, che le distingue caratteristicamente dalle vere *res nullius:* e d'altra parte dopo l'adizione le *res hereditariae* certo non sono più *nullius in bonis*, ma appartengono senza dubbio all'erede. E se, nondimeno, l'*usucapio pro herede* è ammessa pur dopo l'adizione, quando la cosa è, come dice Gaio più volte, una *res aliena* (3), ciò non può accadere peraltro se non perchè, anche allora, se l'erede non ha ancor preso possesso lui delle cose ereditarie, la presa di possesso per parte d'altri non può costituire una materiale usurpazione; non è concepibile una lesione del possesso che l'erede non ebbe mai. Il possessore non acquista alcun diritto sulla cosa, perchè non è legalmente chiamato, formalmente istituito; ma è posto nella condizione di usucapire, perchè, nel senso materiale dell'antico diritto, non offende nessuno, perchè, insomma, il suo possesso non è ingiusto.

---

(1) Gai., *Inst.*, II, 52; III, 201; Pomp., L. 29, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; Iavol., L. 21 pr., D. *de adq. vel. am. poss.*, 41, 2, ecc.

(2) Gai., *Inst.*, II, 58; III, 201; Diocl. et Max., L. 2, C. *pro her.*, 7, 29.

(3) Gai., *Inst.*, II, 52, 56; III, 201. Del resto che, mercè l'adizione, l'erede acquisti bensì la proprietà, ma non il possesso, è cosa piana e attestata in più passi delle nostre fonti. Cfr., ad es., L. 23 pr., D. *de adq. vel. am. poss.*, 41, 2.

Il tempo richiesto ad usucapire era un anno, anche se la cosa posseduta fosse stata un fondo. Gaio ne assegna la ragione in un modo molto semplice: « perchè un tempo si credeva che le possessioni ereditarie si avessero a usucapire come le eredità, cioè in un anno: « *quod olim rerum hereditariarum possessiones ut ipsae hereditates usucapi credebantur*, scilicet anno ». Poichè, continua Gaio, dopo aver ricordato il disposto delle XII Tavole relativo al tempo dell'usucapione, l'eredità non è un bene immobile, anzi nemmeno un oggetto corporale, e quindi si ricomprendeva tra le *ceterae res*, per le quali il decorso dell'usucapione era di un anno solo (1).

Ed anche nelle *usureceptiones*, chi ben guardi, presupposto è la *iusta possessio*, la *possessio* acquistata *sine vitio*. Già nella *usureceptio ex praediatura* il modo più naturale di configurare il rapporto, in base alle parole di Gaio e in base all'ordinamento più probabile della *cautio praedibus praediisque* e della *venditio praedium praediorumque* (2), è che la cosa non sia uscita mai dalle mani del debitore: la vendita eseguita dallo Stato ha trasferito bensì nel nuovo appaltatore o *praediator* il dominio della cosa stessa, ma

---

(1) Ecco il testo completo di Gaio (*Inst.*, II, 54): « Quare autem hoc casu *etiam soli rerum* annua constituta sit usucapio, illa ratio est, *quod olim rerum hereditariarum possessiones ut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno:* lex enim XII Tabularum *soli quidem res* biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia *soli non est*, neque corporalis quidem est; et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, *etiam quae solo tenentur* annua usucapio remansit ».

Ho riferito l'inciso « *rerum hereditariarum possessiones*, etc. », quale si legge nel Codice veronese: con questa lettura *possessiones* sarebbe da riferire ai soli fondi o beni immobili, conforme a un uso abbastanza frequente della parola; e, nel caso, si tratterebbe appunto di notare una singolarità relativa ai soli immobili. Però nelle edizioni si suol correggere il testo di Gaio, leggendo « rerum hereditariarum *possessione velut* ipsae, etc. ».

(2) Cfr. Ascoli, *Interdetto Salviano*, Livorno 1887, pag. 41 e seguenti.

non n'ha potuto trasferire il possesso. Il *praediator* si trova precisamente nella condizione dell'erede che ha bensì adìto l'eredità, ma non preso possesso delle cose ereditarie. Quanto alla *usureceptio* della cosa mancipata *fiduciae causa pignoris iure*, Gaio dichiara che essa viene esclusa dalla *precarii rogatio* o dalla *conductio* che faccia della cosa il debitore (1): evidentemente perchè il possesso di questo incorre allora nel vizio di precarietà. A maggior ragione dobbiamo ritenerla esclusa dalla presa di possesso violenta o clandestina del debitore, semprechè, s'intende, questo sia ancor tale; cioè *nondum soluta pecunia*. Osserva bene lo Stintzing, la cui dottrina esamineremo or ora, che non c'è da supporre per la *fiducia* regole diverse dal *pignus* circa la sottrazione della cosa data a fiducia: ed è noto che il debitore che sottrae la cosa data in pegno al creditore commette furto. E se Gaio ciò dichiara espressamente in ordine al pegno, ei lo fa perchè ivi il principio costituiva una vera singolarità, ammettendosi furto di cosa propria; ma io credo che tale singolarità del pegno avesse origine appunto dalla fiducia.

Il campo della *usureceptio*, anche per queste *usureceptiones* di oggetti mancipati *fiduciae causa*, era dunque il campo della *iusta possessio;* e una *iusta possessio* si aveva tutte le volte o che si fosse rimasti al possesso della cosa, senza stringere un precario o una locazione col creditore, o che si fosse soddisfatto il debito o che la fiducia fosse stata conchiusa nel proprio interesse con un amico: giacchè in tutti questi casi o perdurava l'antico possesso o si aveva un nuovo *ingressus* nel possesso, ma *sine vitio* (2).

5. Chi pensò per il primo che il diritto più antico dovesse presentare in ordine alla *iusta causa* dell'usucapione

---

(1) Gai., *Inst.*, II, 60.

(2) Io credo che un nuovo argomento s'avrebbe a favore della mia opinione, chiarendo quella oscura materia della pretesa prescrizione delle servitù. Vedi, in seguito, *L'usucapione delle servitù nel diritto classico*.

uno stato di cose essenzialmente diverso dal diritto classico fu lo Stintzing in uno scritto oramai celebre sull'essenza della *iusta causa* e della *bona fides* (1). E la parte storica del suo scritto ebbe fortuna anche circa il modo positivo di rappresentare l'antico diritto dell'usucapione. Limite dell'usucapione era nell'antico diritto il *furtum*. Presupposti di questo concetto sarebbero: in primo luogo che il divieto decemvirale di usucapire le cose furtive avesse valore subbiettivo, non obbiettivo; in altri termini soltanto il ladro non potesse usucapire: in secondo luogo che il *furtum* nell'antico diritto avesse applicazione anche agli immobili (2). Noto di volo che il primo presupposto, ch'è d'altra parte il meno dimostrabile, non mi sembra neppure assolutamente necessario.

Argomento fondamentale della teoria dello Stintzing è lo schietto parallelismo esistente nella *usucapio pro herede* e nelle *usureceptiones* tra l'ammissione dell'*usucapio* e l'assenza di *furtum;* parallelismo che la nostra fonte istessa, Gaio, fa risaltare, mettendo le due cose in rapporto come fosse l'una la conseguenza naturale dell'altra (3).

Nella esposizione della mia dottrina ho preferito di definire in astratto il principio della non-lesione altrui nell'antico diritto, in ordine alla *usucapio*, come non-lesione *del possesso;* pure appoggiandomi ad argomenti positivi per dimostrare il concetto. L'ordinamento teorico più sviluppato di questa non-lesione del possesso altrui sarebbe offerto dalla *iusta possessio*. Ho schivato di far parola del *furtum*, perchè a me premeva soltanto di rappresentare l'essenza

(1) Pubblicato nel 1852.

(2) Anche questi presupposti si occupa di dimostrare lo Stintzing.

(3) Gai., *Inst.*, III, 201: « — interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum facere, velut res hereditarias, quarum heres non (*dum*) est nactus possessionem. — item debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit — sine furto possidere et usucapere potest ». — Cfr. pure L. 69 (68), 70 (69), 71 (70), D. *de furt.*, 47, 2, ove per contrario la possibilità del *furtum* impedisce l'usucapione della cosa ereditaria.

intima della *iusta causa* nell'antico diritto. Ora però dichiaro parermi assai plausibile che la prima rappresentazione positiva di questo concetto « non-lesione del possesso », e la più schietta e volgare sempre, sia stata precisamente l'assenza di furto. Anzi il valore sostanziale della teoria dello Stintzing è per me appunto questo: che l'assenza di furto doveva significare non-lesione del possesso. Lo Stintzing però non l'ha scorto; e ciò non fu senza conseguenze. Innanzi tutto, ciò l'ha tratto, per mio avviso, a fraintendere il vero motivo per cui furto di cose ereditarie non s'ammette. Egli prende le mosse da un tentativo di Cuiacio, secondo il quale furto non era possibile, perchè l'eredità non ha *dominus*: « furtum autem non fit nisi sit cui fiat ». Ricordate poi le oscillazioni dei giureconsulti romani circa la posizione dell'eredità giacente, conclude che il motivo dell'esclusione del furto è nel principio di Cuiacio « furtum non fit, ecc. », non inteso però nel senso obbiettivo, bensì in un senso subbiettivo. Non commette furto chi s'appropria una cosa ereditaria, non già perchè veramente l'eredità non abbia un *dominus*, ma perchè la coscienza comune non vede alcun titolare del diritto.

Ora, prendendo le cose all'ingrosso, questo ragionamento può soddisfare; anzi lo stesso principio di Cuiacio soddisfa molti. Ma un acuto ingegno e un sottile ragionatore come lo Stintzing non se ne doveva accontentare. Si può osservare che se la *res hereditaria* è *res nullius in bonis*, essa è tale in un senso e in un modo singolare e piuttosto da indagare che da trarne conseguenze (1). Ma, ciò che importa, l'as-

---

(1) Mi sembra, a dire il vero, che i Romani intendessero colla dizione *res nullius in bonis* non tanto o non soltanto almeno quelle che noi intendiamo come *res nullius*, cioè le cose che attualmente non appartengono ad alcuno, ma sono occupabili da chicchessia, che sono insomma oggetto possibile, ma non attuale, di diritti, quanto le cose che non sono escluse dalla sfera giuridica, ma su cui nessuno attualmente ha un diritto di carattere patrimoniale, tale cioè che rappresenti un godimento. Così sono *res nullius in bonis* nelle nostre fonti le *res sacrae. sanctae, religiosae* (Marc., L. 6, § 2, D. *de div. rer.*, 1, 8; Gai.,

senza di furto s'ha pure *dopo l'adizione*. Ora, dopo l'adizione, il dominio della cosa è ben passato all'erede, come ogni altro diritto (1), la *res hereditaria* è bene una *res aliena*, come precisamente la chiama Gaio; gli è soltanto la *possessio*, che, *nisi naturaliter comprehensa*, non passa all'erede. La ragion vera per cui furto non s'ammetteva non può esser se non questa appunto: che la lesione del possesso era

Inst., II, 9), che pure hanno una destinazione alla quale non è lecito sottrarle, appartengono in qualche modo alla sfera giuridica, sono *divini iuris*, e le *res religiosae*, che in parte si potrebbero anche dire *humani iuris* a causa del diritto di sepolcro (V. su questo FADDA, *Sul diritto di sepolcro*, in *Foro ital.*, vol. XIV, 1889, I, 1241 e segg.). Sono *res nullius in bonis* anche le *res publicae* (GAI., *Inst.*, II, 11; L. 1 pr., D. *de div. rer.*, 1, 8), e la ragione che ne dà Gaio pare una contraddizione: « ipsius enim universitatis esse creduntur ». Degno di riflessione è pure il fatto che nella teoria generale delle cose, tanto nelle Istituzioni di Gaio quanto in quelle di Marciano, non tornano altre *res nullius in bonis* all'infuori di queste, che per noi non sarebbero veramente tali: anzi Gaio, dopo aver detto che le *res divini iuris* sono *nullius in bonis*, soggiunge che le *res humani iuris* sono di regola *in bonis* di qualcheduno, ma possono eccezionalmente essere *nullius in bonis* anch'esse; e, come esempio di un fatto che non dovrebb'esser tanto eccezionale, s'egli intendesse come *res nullius in bonis* le nostre *res nullius*, va a ricercare quello che a noi può sembrare non solo il più lambiccato, ma anche il più disadatto; cioè precisamente le *res hereditariae*: « Id vero quod humani iuris est plerumque alicuius in bonis est, *potest autem et nullius in bonis esse*: nam *res hereditariae*, *antequam aliquis heres existat*, *nullius in bonis sunt* » (L. 1 pr., *de div. rer.*, 1, 8). Sicchè, lo ripetiamo, par proprio che queste *res nullius in bonis* non sieno le vere *res nullius*, ma le cose che appartengono a una sfera giuridica, *divina o umana*, comunque attualmente si trovino nella condizione che abbiamo detto. Si può anche ricordare che *res nullius* sono anche dette le *liberae personae in potestate* e la moglie, perchè il diritto che si ha su di esse non è un diritto patrimoniale (L. 1 pr., D. *de int.*, 43, 1). [V. sopra, pag. 360-369].

(1) Su di ciò non può assolutamente cadere alcun dubbio, poichè l'acquisto di tutti i diritti compresi nell'eredità è perfetto coll'adizione. *Ad abundantiam*, cfr. la L. 50, D. *de rei vind.*, 6, 1, di CALLISTRATO, ove è detto che non si può tentare la rivendicazione per un fondo comprato, se non quando sia stato tradito e poi se ne sia perduto il possesso, ma ben si può agire con questa azione per ciò che fa parte dell'eredità, anche se non se n'è avuto il possesso. « Sed heres de eo quod hereditati obveniet recte aget, *etiamsi possessionem eius adhuc*

essenziale al concetto del furto e non c'è lesione del possesso dal momento che l'erede non l'ha ancora acquistato. Si vuol di più? Non solo i testi relativi all'*usucapio pro herede* dicono espressamente, come abbiamo visto, che l'usucapione è ammessa, *finchè l'erede non abbia preso possesso di quella cosa ereditaria;* ma ripetono lo stesso tutti i testi relativi all'esclusione del furto (1). E tra questi ve n'ha anzi uno veramente caratteristico: è la L. 1, § 15, D. *si is qui test. man.*, 47, 4. Ivi Scevola, del quale Ulpiano riporta la dottrina, tratta la cosa in generale, risalendo al concetto del furto e fissando come presupposto essenziale di esso la lesione del possesso. Ecco il testo: « Scaevola ait *possessionis furtum fieri:* denique, *si nullus sit possessor*, *furtum negat fieri:* idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia *possessionem hereditas non habet*, quae facti est et animi. Sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis ». E a questo testo con leggiadra disinvoltura passa sopra lo Stintzing, asserendo ch'esso porge « un tentativo di spiegazione apparentemente plausibile, ma che non regge a un esame più attento » (2).

---

non habuerit ». — Similmente L. 12, § 1, D. *de Publ. in rem. act.*, 6, 2. — Del resto è detto patentemente nelle fonti che la cosa è « nullius in bonis *antequam aliquis heres existat* », cioè prima dell'adizione, come è detto che la *possessio* soltanto ha bisogno di esser *naturaliter comprehensa.* — Come, con tutto ciò, ci si accontenti così generalmente di ripetere che l'esser la cosa *nullius in bonis* o *sine domino* è ciò che giustifica l'*usucapio pro herede*, io non lo capisco [Cfr. in seguito *I limiti originarî dell'usucapione*].

(1) Gai., *Inst.*, III, 201: « res hereditarias, quarum heres nondum est nactus *possessionem* ». — Paul., *Sent.*, II, 31, 11: « antequam ad herede *possideatur* ». — Paul., L. 6, § 6, D. *de act. rer. am.*, 25, 2: « nondum *possessae* ». — Ulp., L. 2, § 1, D. *exp. hered.*, 43, 19: « Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet *ante aditam hereditatem vel post aditam, antequam res ab herede possessae sint* ». — Ulp., L. 1, § 15, D. *si is qui test. man.*, 47, 4 (riferita nel testo) [Per altri testi v. lo scritto citato alla nota precedente].

(2) Stintzing, *Das Wesen der b. f.*, pag. 23, nota inf.

Non regge, mentre è precisamente necessario concludere così? e mentre questa conclusione ci rappresenta in un modo così evidente la concezione dell'antico diritto? A tal punto può condurre anche un ingegno come quello dello Stintzing il non tener conto pur nelle indagini più positive dei criterî razionali, il non cercar prima di tutto di penetrare nell'essenza dei fenomeni e degli sviluppi. Il che è stato causa altresì che lo Stintzing non si seppe figurare come doveva il modo della ulteriore evoluzione.

Nondimeno, oltre alla fondatezza della sua dottrina positiva, è gran merito dello Stintzing l'esser penetrato della differenza essenziale tra l'antico e il nuovo diritto in ordine alla giustificazione dell'usucapione. E per questo riguardo mi sembra far dei passi indietro chi voglia giustificar troppo l'antico diritto, tanto da cancellare quella differenza. L'Appleton è di questi: egli assume la teoria positiva dello Stintzing, ma pensa di conciliarla col requisito della *bona fides*, che è per lui l'elemento essenziale dell'usucapione. In sostanza egli giunge a identificare l'assenza di furto colla *bona fides*: o il *furtum* è escluso dalle circostanze, ovvero per dimostrar la *bona fides* deesi provar la esistenza di un negozio d'acquisto (ed è questa per lui la genesi della *iusta causa*). La *usucapio pro herede* e le *usureceptiones* sarebbero casi ne' quali il *furtum* è escluso dalle circostanze, *per una specie di presunzione stabilita dalla giurisprudenza* (1). Con una bella descrizione de' motivi purissimi che dovevano spingere un parente o l'amico o il vicino a pigliar possesso d'una eredità che nessuno si presenta ad accettare, si studia l'Appleton, come già il Huschke (2), di mostrar la ragione e l'equità dell'*usucapio pro herede*. Ma il fatto è che questi motivi potevano essere impuri. Sta poi contro l'Appleton,

---

(1) Appleton, *Hist. de la propr. prét.*, vol. I, pag. 282 e seguenti.

(2) Huschke, *Ueber die usuc. pro her.* (*Zeitschr. für Rechtswiss.*, 1847, fasc. 2, pag. 204-205). — Pare di questa opinione anche il Brinz, *B. f. poss.*, pag. 83.

contro il Huschke e contro tutti (1) il fatto, non so perchè da tutti passato sotto silenzio, che l'*usucapio pro herede* è ammessa pur dopo l'adizione, dopochè, vale a dire, nè i *sacra* del defunto nè i creditori viventi reclamano oramai la pietà intempestiva di un terzo; ed è ammessa finchè l'erede non abbia preso possesso della cosa ereditaria; e non può essere che ciò avvenga se non perchè, siavi pure coscienza di ledere il diritto, non c'è lesione del possesso nell'atto del terzo che s'impadronisce della cosa, nè ad altro si guarda se non alla lesione esteriore, visibile. Per quanto adunque si voglia attribuire a tale usucapione un carattere così elevatamente puro, io ritengo che il primitivo diritto si comportasse coll'erede non altrimenti che i primitivi Ciclopi con Polifemo offeso da Nessuno. La risposta è press'a

---

(1) Anche il Leist (*Bonorum possessio*, Erl. 1844, § 4, pag. 19-28, e *Glück's Fortsetzung*, vol. 37, pag. 215-216), benchè non disconosca l'anomalia della *usucapio pro herede*, si richiama al principio che le cose ereditarie *nullius in bonis sunt* e si fonda, per ispiegarla, sul motivo addotto da Gaio: « quia voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, etc. » (Gai., *Inst.*, II, 55). Egli non dissimula che l'usucapione è possibile anche dopo l'adizione, ma asserisce che « la vera tendenza dell'istituto ha tratto all'eredità *nondum adita* ». Ma il fatto è che i giureconsulti romani hanno una tendenza spiccatissima a ripetere che la usucapione è ammessa *finchè l'erede non abbia preso possesso*, e nemmeno sfugge lor detto una volta, così per negligenza, *prima dell'adizione*. Quanto al motivo addotto da Gaio, è troppo evidente che in un istituto antichissimo la sua struttura vale cento volte i motivi arrecati e anche le funzioni accidentali, per iscoprirne la genesi.

Vero è che le funzioni secondarie ed eventuali aiutano talvolta il perseverare di un istituto, cessata la causa genetica: e n'abbiamo non di rado quasi una nuova rigenerazione di esso, in cui nondimeno dalla struttura in parte disadatta è riconoscibile ordinariamente la primitiva funzione. La manifestazione caratteristica dello spirito conservatore è anzi precisamente questa: cercar di puntellare istituzioni viete con motivi nuovi. Se veramente, come si ritiene da molti, il possesso non passava nell'*heres suus*, è probabile che il nuovo motivo gaiano, forse espresso veramente dagli ultimi giureconsulti della repubblica (*veteres*), abbia influito a escludere per questo caso la *usucapio pro herede*.

poco la stessa: « Se nessuno fu offeso, di che ti lamenti? » (1). È sempre l'intima, reale essenza delle cose che alle menti semplici non appare.

6. Posto questo stato di cose nell'antico diritto si vede chiaro, mi sembra, che esso dovea mutar per effetto dello sviluppo ulteriore e si vede pure in che senso. L'assenza di lesione altrui nell'atto d'acquisto del possesso in sè considerato era per l'antico diritto non-lesione dell'altrui possesso: il diritto più evoluto doveva aspirare a una intrinseca, verace assenza di spirito lesivo nella presa di possesso. Il principio di questo mutamento è rappresentato dall'assurgere della *iusta causa possidendi* o *usucapionis*. Essa non è peranco l'elemento che propriamente significhi una *intrinseca* assenza di spirito lesivo in modo assoluto, ma è già un fatto positivo e di natura più spirituale che tende a esprimerla. Si può definire appunto la *iusta causa usucapionis* come « quel *rapporto col possessore*, da cui, secondo le apparenze, si desume una *intrinseca* esclusione della volontà e coscienza di ledere altrui ». Di regola sarà la rinuncia di cotesto possessore a favor vostro, ma può consistere anche in un rapporto indipendente dalla volontà di esso.

Il rivolgimento più grave portato nella pratica dall'assorgere e dall'affermarsi della *iusta causa* dovette riguardare la prova. La non furtività o anche la *iusta possessio* erano di quei momenti che propriamente non si dovean provare dall'usucapiente: trattandosi di lesione così aperta ed evi-

---

(1) *Od.*, canto IX, v. 408-412 (trad. PINDEMONTE: v. 525-532):

> È *Nessun* che m'uccide e per inganno,
> Non per virtude, amici. — Or se *nessuno*
> Ti nuoce, rispondeano, e solo alberghi,
> Di Giove è il morbo e non v'ha scampo.
> . . . .
> . . . .
> Ed a me il cor ridea che sol d'un nome
> Tutta si fosse la mia frode ordita.

dente era credibile che chi l'avesse veramente subìta si sarebbe fatto vivo a protestare e perseguitare il ladro. Laonde l'usucapiente dovea solo provare che il suo possesso aveva durato un anno o due, il tempo voluto dalla legge, e fornita questa prova, il giudice dovea senz'altro ammettere che furto non vi fosse e richieder la prova del contrario dall'altra parte, che del resto poteva essere appunto il derubato. Era una specie di *praesumptio hominis* (1). Ma una volta che si richiese a giustificazione della presa di possesso un rapporto determinato esprimente l'assenza d'una lesione intrinseca, di natura in conseguenza meno visibile e più comune, allora la base di questa presunzione svanì e il rapporto stesso dovette esser provato dal possessore attuale.

Quando l'esigenza di una *iusta causa usucapionis* è spuntata fuori nel diritto romano? Lo Stintzing si richiama alla origine dell'*actio Publiciana* e pensa che la *iusta causa* sia passata dalla Publiciana nell'usucapione: benchè propriamente la Publiciana sia fondata sull'usucapione, sarebbe avvenuta nondimeno una specie di reciproca trasfusione delle regole de' due istituti. E per lui trovar un fatto positivo, cui riferire l'origine della *iusta causa usucapionis*, è necessario e lo fa intendere (2), perchè l'antico diritto in

---

(1) Veramente il Ihering rifiuta a momenti di tal genere, come la proprietà delle cose legate nel testatore, la proprietà dello schiavo nelle stipulazioni conchiuse da esso (per la quale Giustiniano stabilì una presunzione legale assoluta: L. 14, C. *de contr. stip.*, 8, 37), la proprietà nell'*actio legis Aquiliae*, l'*animus lucrifaciendi* nel furto, e simili — a momenti, intendo, che, sebbene richiesti espressamente, per la loro somma probabilità non si debbono provare dall'attore, il carattere di presunzioni. « Tutta l'atmosfera processuale ne sarebbe pregna », esclama egli (*Besitzwille*, pag. 154). Nondimeno non mi pare che la natura distinta ch'egli a tali momenti attribuisce sia molto ben chiara e provata: mi sembra ch'egli miri esclusivamente contro le presunzioni legali propriamente dette. A ogni modo s'appartiene al Ihering l'analisi profonda di tali momenti. V. *Besitzschutz*, pag. 46-50; *Geist des röm. R.*, pag. 75 e segg.: ma più specialmente nell'ultima opera *Besitzwille*, Iena 1889, pag. 145-162.

(2) V. Stintzing, § 12 pr.

proposito gli appare più diverso dal nuovo di quel ch'è in effetto. L'idea dello Stintzing però non ha trovato accoglienza. Si preferisce di raffigurarsi la *iusta causa* come un portato della elaborazione scientifica ed alcuno prende le mosse dalla *iusta possessio* (1). Ma la *iusta possessio* per me non può essere che la costruzione teorica più perfetta dell'antico stato di cose, stabilita come base giustificativa dell'usucapione, fors' anche per essersi il concetto del furto ristretto alle cose mobili.

Senonchè, concepita nel modo espresso la differenza tra l'antico e il nuovo diritto, appar chiaro che non c'era bisogno assoluto di una occasione e di un motivo specifico del mutamento. L'antico racchiudeva in sè i germi del nuovo e le lente forze operanti nella coscienza popolare bastavano a farlo spuntar fuori. Se infatti non è un concetto nuovo che sorge, ma soltanto s'incomincia a guardar più addentro le cose di cui l'antico popolo vedeva soltanto il di fuori, tal mutamento si dovette operare via via che una simile attitudine a penetrare nell'essenza si sviluppò e si rese distinta nel popolo: principio ne' suoi giuristi di quel movimento generale verso l'*aequitas*. Il lavorìo di ogni giurisprudenza culta nel periodo della sua attività più libera e creatrice si esercitò in ogni tempo, e non è a dire poi quanto nel diritto romano, a rompere l'involucro formale, a mettere a nudo il rapporto e lo scopo del diritto, o, per lo meno, quando ciò non si raggiunga, a ricercar nello scopo una correzione in quei casi di più certa non rispondenza della espressione formale ad esso (2). Si può dire anzi che l'involucro formale si rompe da sè: è l'incremento istesso dei rapporti che li fa evidenti e determinati, quasi, direi, capaci di viver da sè, senza il bisogno di costringerli in forme sensibili.

---

(1) Così Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion* (*Nouv. Revue hist. de dr. fr. et étr.*, 1885, pag. 262-302), pag. 282 e seguenti.

(2) N'è esempio l'interpretazione per cui si rimette l'osservanza giuridica dell'anno del lutto alla vedova, la quale abbia partorito *intra legitimum tempus* (L. 11, § 1, D. *de his qui not. inf.*, 3, 2).

Il momento, adunque, in cui questa trasformazione si compie, è da riportare agli inizî della giurisprudenza culta nell'ultima età repubblicana. Ove si voglia evocare un fatto storico determinato per fissare le idee sovra un punto concreto, il richiamo dello Stintzing all'azione Publiciana sicuramente non è da disprezzare. Certo per me la *iusta causa* intrinseca non è spuntata fuori colla Publiciana (1). Ma nella Publiciana essa ha ricevuto una specie di suggello legislativo, che non può essere stato senza influenza sulla posteriore elaborazione scientifica.

La serie più numerosa è delle cause che ne' rapporti tra privati giustificano il passaggio della proprietà, costituendo, d'ordinario, il sostrato e il momento intrinseco di un vero negozio giuridico conchiuso tra le parti, senza però confondersi con questo. Le più comuni corrispondono alle *iustae causae traditionis* e sono in astratto infinite come appunto le *iustae causae traditionis*, giacchè in ordine al trapasso volontario de' beni si riconobbe che qualunque rapporto bastasse a giustificare la rinunzia della cosa a favor d'altri; purchè, s'intende, contenga la volontà di rinunziare alla cosa a favore di Tizio, di alienarla insomma. Solo eccezionalmente, per motivi speciali, il diritto rifiuta l'efficacia di *iusta causa* ad alcuni rapporti, benchè la volontà certamente vi sia; n'è esempio la *donatio inter virum et uxorem*. Ciò conferisce alla volontà quasi un valor formale (2), che

(1) [La *iusta causa* probabilmente è spuntata coll'attribuzione della *possessio* di autorità pretoria, cioè propriamente nella categoria dell'*in bonis habere*, anteriormente alla Publiciana. È il Pretore che suole simpatizzare con questo termine: « Si qua alia mihi *iusta causa* esse *videbitur*, in integrum restituam ». « Cum *iusta causa* esse videbitur etiam possidere iubebo, etc. ». Pertanto le più antiche *iustae causae* sarebbero le cause pretorie, pubbliche o magistratuali, per così dire, di cui in seguito, *e si ribadisce il concetto sviluppato nel testo che la « iusta causa » è nella sua essenza un rapporto, non già un negozio giuridico*. Cfr. sopra, n. IV, *Sul così detto dominio bonitario*, pag. 374-375; e n. V, *L'Editto publiciano*, pag. 414-415].

(2) È quel che avviene, per lo stesso motivo, nel nostro contratto obbligatorio. Mentre nel diritto romano il creditore doveva provare la

lascia nell'ombra il rapporto concreto, e stabilisce inoltre nel diritto romano una differenza caratteristica tra l'alienazione de' beni e la costituzione volontaria di una obbligazione, a giustificar la quale, per causa tanto di un incompleto sviluppo quanto forse di un ordinamento e di uno spirito particolari al diritto romano, valgono solo determinati rapporti, che, dapprima in numero assai scarso, vennero a crescer via via nel corso della storia del diritto romano, ma senza mai romper certi confini. Però, se, in astratto, cosiffatte *iustae causae* d'acquisto delle cose ed eventualmente di usucapione sono infinite, si capisce che in pratica i giureconsulti discutono le più importanti e comuni nel commercio quotidiano.

Le osservazioni fatte servono anche a giustificare il mio modo di ordinare le *iustae causae usucapionis*. In generale si suole disporle nell'ordine presumibilmente istorico, incominciando pur sempre dalla compra-vendita, che, com'è la più importante, così fu certo la prima a sorgere. Ma non pare a me che l'ordine storico abbia tutta quella importanza che si vuole da qualcuno attribuirgli (1): se infatti, come s'è detto, nel trapasso volontario de' beni, cui si riferiscono essenzialmente tutte codeste *iustae causae*, si riconobbe di regola ogni rapporto e solo ad alcuni determinati rapporti fu espressamente negata efficacia, la successione storica delle *iustae causae* ha più che altro il significato di un successivo affermarsi di rapporti nella vita e nella pratica e acquistar fisonomia vieppiù distinta, non già di un progressivo svolgimento giuridico; insomma non abbiamo quello che s'ha invece ne' contratti obbligatorî, dove ogni nuova causa rappresentò una conquista del diritto, un rapporto, che, pure esistendo prima, non era sancito dal diritto.

---

causa, nel diritto moderno, provata la volontà, la causa si presume (Cod. civ., art. 1121), perchè solo eccezionalmente può accadere che il diritto non la riconosca.

(1) [Tanto più che le *iustae causae* originarie nel tema della *usucapio* non sono probabilmente queste private. V. la nota precedente, e in seguito].

Può adunque l'ordine storico avere interesse per altri riguardi, e più socialmente che giuridicamente; ma dal nostro punto di vista non ne ha. Io preferisco pertanto ordinare le *iustae causae* nel modo che mi sembra render più chiara al lettore l'idea del concetto in generale e delle singolarità di ciascuna di esse in particolare.

La più semplice è, nel nostro sistema, appunto quella che dà più imbarazzo in tutti gli altri: la *derelictio*, ossia, nell'usucapione, il titolo *pro derelicto*. La rinunzia assoluta alla cosa costituisce una causa vera e reale di non-lesione per tutti. Niente rivela meglio la tremenda confusione di idee che regna in questa materia come l'aver voluto sostenere che la *iusta causa* è l'*occupatio* e il titolo dell'usucapione propriamente dovrebbe dirsi *pro occupato*. La causa *pro derelicto* è invece la più spiccata, perchè si trova sempre separata dal negozio d'acquisto. Causa d'usucapione, ossia titolo *pro derelicto*, essa è nel diritto giustinianeo solo quando il derelinquente non sia *dominus;* ma io credo che fosse tale nel diritto antegiustinianeo anche quando la cosa derelitta era una *res mancipi* (1).

Abbastanza semplice è anche la *solutio* o *solvendi causa*, ossia nell'usucapione il titolo *pro soluto*. Una singolarità però la *solutio* comincia ad offrirla, perchè essa è connessa con un precedente rapporto obbligatorio. Nella concatenazione di più rapporti, quando tale concatenazione sia meramente eventuale, non necessaria, il diritto guarda solo al rapporto più prossimo; l'inesistenza o il vizio del rapporto più remoto può dare solo un diritto alla rescissione dell'effetto giuridico mediante una *condictio sine causa*. Rispetto alla *solutio* nondimeno la concatenazione potè apparir necessaria a qualche giureconsulto, e necessaria quindi anche la esistenza del rapporto più remoto: dovremo discuter la cosa.

La figura della causa è pure abbastanza netta nella *donatio*: *pro donato* quanto all'usucapione. La donazione è

---

(1) [V. sopra, n. II, pag. 327 e segg.: n. III, pag. 359 e segg.].

però una causa generica, vale a dire non è un rapporto che valga meramente a giustificare l'acquisto di diritti sulle cose, non è soltanto una causa reale, ma può essere altresì causa obbligatoria; ed è bene tener presente che tanto nella tradizione o altro negozio d'acquisto tra vivi quanto nell'usucapione essa è *iusta causa*, quando sia donazione reale. La donazione obbligatoria può fungere tutt'al più da causa remota rispetto al diritto reale; ma causa vera e prossima è la *solutio*.

Le stesse osservazioni si possono ripetere per la *causa dotis* (*pro dote*). Qui v'ha di più che la connessione veramente assoluta e necessaria di cotesta causa col matrimonio, fa che il matrimonio non sia propriamente una causa remota, bensì dalla realtà di esso non si possa prescindere nè per l'acquisto immediato nè per l'usucapione: dote insomma non esiste, se non in quanto anche esista un matrimonio.

La compra-vendita (*pro emptore*) è piena di singolarità. Propriamente essa è una causa generica, cioè si può avere tanto una compra-vendita reale quanto una obbligatoria; ma questa, al contrario di quel che avviene per la donazione, è la *emptio-venditio* tipica, perchè ha figura e norme speciali. Se non che un punto singolare è già questo: che anche nel caso di compra-vendita obbligatoria non ci si ferma alla *solutio* per giustificare l'usucapione, ma si vuole anche la esistenza del contratto obbligatorio; e si richiese inoltre la buona fede, cioè, di regola, l'ignoranza di non essere in rapporto col vero *dominus*, anche al momento del contratto obbligatorio. E si discute pure se sia indispensabile il pagamento del prezzo all'usucapione, com'è all'efficacia della tradizione.

La compra-vendita è il tipo di quelle cause volontarie, in cui la non-lesione altrui si sustanzia in un corrispettivo patrimoniale (1), cioè de' negozî a titolo oneroso; e per

---

(1) Per la compra-vendita, è il prezzo, ossia la promessa di pagare il prezzo (causa per il compratore). PAP., L. 72 pr., D. *de empt. et vend.*, 18, 1: « *Emptionis substantia consistit in pretio* ».

questo si riducono da' giureconsulti romani al concetto della *emptio-venditio* in generale anche negozî come la permuta, il pagamento, la dote, ma specialmente la *litis aestimatio*, che si assimila interamente al titolo *pro emptore* (1).

Una causa che ha la singolarità d'esser insieme modo d'acquisto, perchè non si richiede nessuna manifestazione della volontà di acquistare la cosa, è il legato. Nel diritto classico solo il legato *per vindicationem* era *iusta causa* reale, cioè causa giustificativa dell'acquisto del dominio. Notevole è poi che secondo la dottrina dei Proculeiani non si può dire nemmeno di questo che fosse insieme modo di acquisto immediato (2).

V'ha poi una serie di cause minori che dànno luogo pur esse a non lievi controversie. V'avrebbe insieme l'*usucapio pro herede*, che per me non esiste e non poteva esistere nel diritto classico come caso normale di usucapione: io veggo in essa pur sempre l'antica *usucapio lucrativa pro herede*, la quale però non solo era stata accomodata in guisa da renderla innocua, ma, dopo l'introduzione del *crimen expilatae hereditatis*, era venuta a restringersi per modo da farla quasi analoga alla usucapione in base a una *iusta causa*, massime

(1) Cfr. per quest'assimilazione alla compra-vendita come tipo dei negozî onerosi: Marcian., L. 8, § 13, D. *Quib. mod. pign.*, 20, 6 (dote); Ulp., L. 15, D. *quib. ex caus.*, 42, 4 (permuta, *datio in solutum*, *litis aestimatio*, *stipulatio* « *non ob liberalitatem* »); L. 3, § 9, D. *de it. act.*, 43, 19 (dote); § 10, *ibid.* (in generale) [interp.: vel alterius contractus]; Ant., L. 1, C. *comm. utriusq. iud.*, 3, 38 (divisione); L. 4, C. *de evict.*, 8, 44 (*datio in solutum*); Diocl., L. 2, C. *de rei perm.*, 4, 64 (permuta). Singolare in proposito è la L. 4, § 31, D. *de doli mali et metus except.*, 44, 4, certamente interpolata [Per le interpolazioni di questo testo, v. ora Longo in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIV (1902), pag. 271 e segg.; Di Marzo, *ibid.*, vol. XVII (1905), pag. 109 e seguenti].

Quanto alla *litis aestimatio*, v. in ispecie Paul., L. 46, D. *de rei vind.*, 6, 1; Ulp., L. 7, § 2, D. *de Publ.*, 6, 2; L. 3, D. *pro empt.*, 41, 4; Iul., L. 22 pr., D. *de act. rer. am.*, 25, 2; Gai., L. 1, D. *pro empt.*, 41, 4: « Possessor, qui litis aestimationem obtulit, *pro emptore* incipit possidere ».

(2) Cfr. Gai., *Inst.*, II, 195.

per l'esaurimento subìto dalla *iusta causa*; il che, secondo me, ha indotto i compilatori delle Pandette, conscienti o inconscienti, a conferirle il carattere e la struttura di una usucapione normale.

Passiamo ora alle *iustae causae*, che potrebbero dirsi giuste cause pretorie, cioè tutti quei casi nei quali il pretore trovava una ragione giusta per immettere alcuno nel possesso di cose altrui. Il caso più importante, e forse anche il più antico, è quello in cui, riguardando rapporti con un defunto non contemplati in genere dal *ius civile*, il pretore concedeva ad alcuno il possesso di beni del defunto: la *bonorum possessio*. Un altro caso poteva avverarsi nell'*actio noxalis:* se il padrone non si presentava per liberarsi, volendo, da ogni responsabilità con dare a nossa lo schiavo, l'attore non poteva acquistare il dominio di questo; ma il non presentarsi del domino era per il pretore una *iusta causa* per concedergliene il possesso, lasciargli menar seco lo schiavo: *ductio noxalis*. Ovvero era in seguito ad una *missio in possessionem damni infecti causa*, che il pretore poteva avere una *iusta causa* per mutare l'*esse in possessione* in una vera *possessio*, secondo la sua promessa generale: « Cum *iusta causa* esse videbitur, etiam *possidere* iubebo » (1). Come *iusta causa* poteva valere il fatto che il *dominus* per la lunga sua inazione s'intenda aver derelitto l'edificio, ovvero semplicemente che sia trascorso un pezzo senza che alcuno si presenti ad assumere la debita cauzione (2). E tralasciamo per brevità di noverare tutte le altre *iustae causae possidendi* pretorie, cioè tutte quelle che si conoscono da noi; poichè è certo che dovevano essere assai più numerose.

Abbiamo lasciato da ultimo l'esame sommario del titolo *pro suo*, per il motivo che questo titolo non indica una *iusta causa* speciale. *Pro suo possidere* significa che si possiede

---

(1) L. 7 pr., D. *de d. inf.*, 39, 2.
(2) L. 15, § 21, D. *eod.*, 39, 2.

in base a una *iusta causa usucapionis*, qualunque essa sia. Perciò tale espressione è usata in antitesi a tutti quei possessi che non sono atti all'usucapione, tanto per l'assenza di qualunque fondamento giuridico, come la così detta *possessio pro praedone* o *pro possessore* o la *possessio pro furtivo*, come dice Pomponio (1), quanto per essere il fondamento giuridico tale da non giustificare un vero possesso o da giustificare un possesso limitato, come la *possessio pro alieno* del creditore pignoratizio, del sequestratario e del precarista (2): nei quali casi, per mio avviso, il possesso ha un contenuto e uno scopo diverso in modo da costituire quasi, se si vuol dir così, un possesso formale, come potrebbero dirsi costituire una proprietà formale la fiducia e la dote. E si usa pure in modo caratteristico, come possesso e usucapione normale, in antitesi a quei casi anomali di usucapione, che costituiscono la *lucrativa causa* (3). Similmente, per questo suo generico significato, il titolo *pro suo* si cumula con qualunque altro titolo (4), o è usato per quelle *iustae causae* che non hanno una denominazione speciale o non potrebbero averne una breve e comoda (5), come, per fare un paragone, il nome gentilizio era usato per le donne, le quali in Roma non avevano un proprio

---

(1) L. 32 pr., D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3.

(2) Paul., L. 13 pr., D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3. — Nella L. 68 (67) pr., D. *de furtis*, 47, 2, Celso usa in un senso più generico *habere pro suo*: « quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit » [*Habere pro suo* non equivale a *possidere pro suo*, bensì puramente e semplicemente a *possidere;* cfr. in seguito: *Il punto di partenza nella teoria romana dal possesso*, negli *Studi per Moriani*, 1906].

(3) Gai., L. 5, D. *de usurp.* — Erroneamente Donello e molti intesero la *lucrativa causa* di questo testo nel senso volgare; volgare, intendo, per noi e pe' giureconsulti bizantini.

(4) Paul., L. 3, § 4, D. *de acq. vel am. poss.*, 41, 2; Ulp., L. 1, D. *pro suo*, 41, 10. — V. per il contrario titolo *pro possessore*, L. 13, § 1, D. *de her. pet.*, 5, 3.

(5) Cfr. L. 3, § 21, D. *de acq. vel am. poss.*, 41, 2; L. 2, D. *pro suo*, 41, 8; L. 4, § 1, *ibid.*; L. 1, § 2, D. *pro dote*, 41, 9; Fr. Vat., 111; L. 67, D. *de iure dot.*, 23, 3.

nome. E ciò ha dato origine alla opinione che *pro suo* denoti il titolo putativo.

Analogo al titolo *pro suo* era per me il titolo *pro herede* nel diritto classico, quando non designava l'anomala *possessio* e *usucapio pro herede* (1).

7. Se non che il rapporto coll'antico possessore non esclude in modo assoluto che una lesione cosciente dell'altrui diritto nell'acquisto del possesso vi sia. Senza dubbio la *iusta causa* era un progresso essenziale sull'antica *non-lesione del possesso*, in quanto s'incomincia ora per essa ad aver riguardo all'intima essenza dell'atto del possessore, desumendola da un indice abbastanza serio. Ma una volta messi su questa via non ci si arresta a un indice esteriore, e l'ultimo progresso consisterà nel ricercare l'assenza di lesione intrinseca in se stessa, desumendola da tutto quanto il comportamento del possessore. Sarà questo il momento della *bona fides;* ma come tale momento ebbe principio, come penetrò nell'usucapione la *bona fides?* Essa dovette venir quasi a paro colla *iusta causa* (2): e già, sul finir della repubblica, siamo nell'epoca in cui tale idea essenzialmente morale e la sua nota antitesi, il *dolus*, incominciano a infiltrarsi nell'organismo del diritto, a renderne, se si vuole, meno solida e schietta la compagine, ma anche meno rigide le forme e meno fiera l'azione.

---

(1) Cfr. PAUL., L. 3, § 4, D. *de acq. vel am. poss.*, 41, 2: « Ex pluribus (pluribus *Mo.*) causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant et eum qui usuceperit (*Mo.:* « eum qui usucaperet »; ma v. L. 1, *pro suo*, 41, 10; io correggerei piuttosto *putant* in *putent*, dando alla proposizione *ut quidam*..... il senso di una conseguenza estrema) et pro emptore et pro suo possidere; sic enim et si ei qui pro emptore possidebat heres sim. *eandem rem et pro emptore et pro herede possideo* ».

(2) [L'analisi dell'Editto publiciano rende plausibile l'idea che la *iusta causa* e la *bona fides* abbiano avuto in origine un territorio distinto, l'una nell'*in bonis habere*, l'altra nella *possessio bonae fidei*. Cfr. sopra, n. V, pag. 400-401; 412-421].

La *bona fides* è un concetto etico e sociale, vale a dire esistente anche fuori del diritto, nè il diritto romano, assumendola come elemento di alcuni rapporti, n'ha punto alterato la natura, come del resto poteva fare: esso non ha creato, mi si permetta l'espressione, una *bona fides* giuridica — *civilis*, si potrebbe dire, nel linguaggio romano — modificando in qualche parte il concetto morale, ma senz'altro ha riconosciuto a questo valore giuridico.

La *bona fides* è insomma una di quelle condizioni che la legge converte in condizioni giuridiche, ma senza dar loro una forma determinata, senza foggiarle a suo arbitrio, e rimettendosi quindi, nel caso, al sentimento indefinibile e mutevole della coscienza sociale e di volta in volta allo apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di tale sentimento.

Se non che, riconosciuto pure che la *bona fides* del diritto è lo stesso concetto etico e sociale, certo è che nei diversi rapporti giuridici, in cui torna in campo, l'onesto comportamento significato dalla buona fede si deve riferire a un oggetto concreto e diverso dato dal diritto stesso. Il dovere generale di non trar vantaggio dal danno altrui (1) deve ne' singoli rapporti giuridici importare qualche dovere particolare. Ora a che cosa si riferisce e che cosa importa la *bona fides* nell'usucapione? Essa si riferisce alla lesione altrui nella presa di possesso: e importa in generale che questa lesione non si compia affatto o si creda almeno di non compierla; e poichè la *bona fides* non ha scacciato la *iusta causa*, essa, più precisamente, importa che dove la

---

(1) Significato dal *lucrari cum aliena iactura*, *fieri locupletiorem cum alterius detrimento et iniuria*. Avverto che nelle fonti classiche anche semplicemente il *lucrari* (*lucrum facere*, *lucrativa causa*) o *fieri locupletiorem* si usano quasi tecnicamente nel senso di un profitto con danno altrui, di un ingiusto arricchimento [V. ora in proposito Di Marzo, *Appunti sulla causa lucrativa*, in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, vol. XV (1903), pag. 91 e segg.; vol. XVII (1905), pag. 103 e segg., che elimina precisamente dalla dottrina del diritto classico la *causa lucrativa* nel senso odierno].

iusta causa, cioè di regola la rinuncia effettiva alla cosa da parte dell'antico possessore, lascerebbe nondimeno aperto l'adito a una lesione, questa non si compia o si creda di non compierla. S'intende che tale dovere ne' casi concreti si può esplicare in modi svariatissimi e difficilmente determinabili.

Ma in tutti quei casi in cui s'abbia il possesso della cosa *non a domino*, la *bona fides* consiste, non esclusivamente, come vedremo, ma certo precipuamente nell'ignorare che la persona con cui s'è in rapporto non è *dominus*, o in genere che essa non ha diritto di disporre della cosa. In altri termini lo stato etico del subbietto non dipende propriamente dall'agire suo, bensì da uno stato psicologico. Posto che in sostanza si ritrae vantaggio da una spogliazione del proprietario, il quale non si può reputar consenziente, per essere in buona fede si deve assolutamente ignorare questa circostanza, credere, anzi, tutto il contrario; ignorare che l'alienante non è proprietario e crederlo invece tale (1), o crederlo mandatario e mandatario *leale* del proprietario (2): ignorare che il derelinquente non era proprietario (3), ovvero, in un ulteriore allargamento della sfera della buona fede, ignorare che il proprietario apparentemente consenziente non è persona capace o non è capace da sè solo (4).

---

(1) L. 2, § 8; § 17, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 27, D. *de empt. et vend.*, 18, 1. — Cfr. la nota definizione del *bonae fidei emptor:* L. 109, D. *de verb. sign.*, 50, 16.

(2) L. 7, § 6, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 14, *ibid.*

(3) Dubito però che questo sia il caso cui si riferivano nel diritto classico gli scarsi testi che possediamo circa il titolo *pro derelicto* [V. sopra, n. II, pag. 327 e segg.; n. III, pag. 359 e segg.].

(4) L. 13, § 1, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; L. 2, §§ 15, 16, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 7, §§ 2, 4, D. *de Publ. in rem act.*, 6, 2.

S'aggiunga pure l'ignoranza di vizî concernenti la causa remota eventualmente congiunta alla causa prossima: vizî, del resto, che, non ignorati, rendono invalida anche la tradizione e, ignorati, dànno luogo per lo meno a una *condictio*. Il caso più importante è la obbligazione da cui dipende la *solutio*.

Tra le due note concezioni della buona fede « stato psicologico » e « stato etico » non c'è adunque, per mio avviso, alcuna opposizione: l'uno è il presupposto dell'altro (1).

S'intenderà di leggieri perchè la *bona fides* debba esistere di regola al momento della tradizione o in generale dell'immissione in possesso e non sia più richiesta, passato questo momento. Non è già perchè solo in quell'istante si debba credere di acquistar la proprietà: anche avendo una *iusta causa* perfetta di fronte al vero proprietario, l'acquirente poteva far saper benissimo di non acquistare il dominio, ma di aver bisogno dell'usucapione. E d'altra parte perchè solo al momento dell'immissione in possesso si dovrebbe creder d'esser fatti proprietari? Chi ben guardi, la dottrina è preoccupata dall'efficacia generale della tradizione nel diritto giustinianeo. Ma nello stesso diritto giustinianeo si può avere sovente acquisto del dominio prima d'andare al possesso; ciò avviene in tutte le cause indipendenti dalla volontà (acquisti *ex lege*, per es. l'acquisto dei lucri nuziali) e persino in alcune cause volontarie, almeno da parte del trasferente, come il legato.

Il principio deriva invece naturalmente dal modo romano di concepire l'usucapione, si ricollega alla sua vera funzione nel sistema del diritto romano, s'induce necessariamente da ciò che ho svolto sin qui. Pei Romani l'usucapione non aveva per iscopo di rimediare colla forza del tempo ai vizî dell'acquisto della proprietà, non si esigeva quindi un *acquisto vizioso* della proprietà, ma tale che il vizio fosse ignorato dall'acquirente. L'usucapione aveva per iscopo di

---

(1) Ai nostri giorni, per l'influenza di un grande scrittore, il Bruns, si è generalizzata tra i romanisti l'idea di una antitesi recisa tra le due maniere di concepire la buona fede e prevale appunto la tendenza di considerarla come uno stato esclusivamente etico. È celebre in proposito la controversia che si agitò intorno al 1870 tra il Bruns e il Wächter [Su tutto il tema della *bona fides*, v. in seguito ***Essenza della « bona fides »***, etc.].

far acquistar la proprietà mediante il possesso: si proponeva questo scopo, pur di non eccitar lo spirito al mal fare e quindi purchè non si vada al possesso, compiendo una lesione consciente del diritto altrui (1).

Se nel nostro Codice (articolo 702 Cod. civ.; cfr. anche art. 707 e 2137), dietro le orme del francese, è disposto che la buona fede debba esistere al momento dell'acquisto presunto del dominio, gli è perchè appunto è mutato il concetto, alterato lo scopo dell'usucapione (2).

Del resto il principio stesso che la mala fede sopravvegnente non nuoce s'ha a intendere colle debite cautele. Può accadere che il possessore abbia sì una *iusta causa possidendi*, ma la sappia anche tale che a un momento dato può cessare: allora egli, sapendo ciò *ab initio*, deve

---

(1) Sono col Pernice nel ritenere che il non essere la *bona fides* requisito originario dell'usucapione non valga a spiegare come, una volta richiesta, ci si sia contentati che essa vi fosse al principio del possesso (V. Stintzing, *Bona fides*, pag. 33-39). Ma non sono nè col Brinz nè con lui nell'ammettere che tal principio si spieghi col carattere bonitario della *bonae fidei possessio* (V. Brinz, *Bonae fidei possessio*, pag. 102 e seguenti; Pernice, *Labeo*, II, pag. 194 e seguenti). In che modo? D'altra parte codesto carattere bonitario, qualunque concetto se n'abbia e in qualunque misura lo si voglia ammettere (il Pernice è in ciò più cauto del Brinz), non l'aveva la *possessio bonae fidei* alla origine sua [Nella seconda edizione del *Labeo*, II, 1, pag. 483 e seguenti, il Pernice ha abbandonato il carattere bonitario della *bonae fidei possessio*, giudicandolo esagerato, ma insiste tuttavia sulla « natura quasi giuridica (*rechtsähnliche*) » del possesso di buona fede. In questi limiti il concetto non è errato, ma vago e torbido. Qualunque possesso ha natura giuridica come rapporto produttivo di diritti, ma il possesso di buona fede è un vero diritto a datare dalla protezione concessa mediante la Publiciana. Se non che, ripeto, questa natura giuridica o quasi non è in alcuna relazione di logica con la buona fede all'inizio del possesso in tema di usucapione].

(2) L'usucapione o prescrizione acquisitiva del nostro diritto è veramente la sanatoria d'un acquisto imperfetto. Il così detto titolo non è più la *iusta causa possessionis* (e nemmeno la stessa *iusta causa adquirendi*), ma un modo d'acquisto del dominio.

Siffatti mutamenti si sono operati insensibilmente e passano inavvertiti pel solito motivo che la *traditio* romana si considera esclusivamente come modo d'acquisto del dominio, o, anche peggio, come

per tutto il decorso dell'usucapione comportarsi in guisa da non impedire che il proprietario torni eventualmente al possesso della cosa. In tal caso adunque la *bona fides* si richiede in certo modo per tutta la durata dell'usucapione e, di nuovo, essa consiste nell'agire del possessore, non già in uno stato psicologico, la sua ignoranza. Nelle fonti i casi di tal genere non sono rari, e alcuni ne ho già recati ad altro proposito. Tale è la specie della L. 28, D. *de nox. act.*, 9, 4, tale è pure quella del Fr. Vat. 1; se il proprietario dello schiavo offre la *litis aestimatio* a colui che l'ha ricevuto a nossa da un possessore di buona fede scientemente, se la donna offre il prezzo della *res mancipi* venduta a scienza del compratore, *sine tutoris auctoritate*, il possessore è tenuto alla restituzione; e se in qualunque modo si sottrae all'offerta o si rifiuta alla restituzione, il suo possesso non è più atto all'usucapione: « desinere eum usucapere », diceva Giuliano.

---

forma di tale acquisto: il che è assolutamente falso nello stesso diritto giustinianeo. Dato ciò, è parso naturale che, reso l'acquisto del dominio indipendente dalla tradizione, anche per l'inizio della buona fede si debba risalire al nuovo momento in cui l'acquisto del dominio sarebbe perfetto. Anche il vecchio e limitato concetto della buona fede romana « credenza d'avere acquistato il dominio » dovette contribuire a una tale illusione, per cui si reputò di codificare il diritto romano dove lo si alterava profondamente. Le scuole e le dottrine dei nostri giuristi hanno sovente ingigantito delle differenze in fondo assai lievi, o supposto delle innovazioni radicali e dei concetti novissimi che non erano (come, per es., il trapasso della proprietà per mutuo consenso, ossia senza bisogno della tradizione), e sovente, al contrario, non hanno scorto dove il diritto romano subiva delle vere alterazioni.

Un egregio scrittore, il TARTUFARI A., *Effetti del possesso*, Torino 1886-88, vol. II, pag. 306, si propose di dimostrare che il momento in cui deve esistere la buona fede nel nostro diritto è quello della trascrizione, *che avrebbe preso il posto della tradizione romana*. Idea molto diffusa quest'ultima, ma sempre falsa e fondata sovra il supposto che la tradizione sia forma: io già dimostrai in altro mio scritto a quali modi più propriamente potrebbe corrispondere la trascrizione moderna [Cfr. sopra, *Res m. e nec m.*, specialmente pag. 230, n. 1]. Così com'è, del resto, essa ha una funzione tutta speciale e l'acquisto è già perfetto, sia pure entro certi limiti, prima della trascrizione.

Ipotesi di tal genere sono pure quelle contemplate da Pomponio nel Fr. 5 pr., D. *pro derelicto*, 41, 7. La prima, nel diritto giustinianeo, è sibillina, perchè il testo doveva in origine riferirsi alle cose *mancipi*, in cui la derelizione non era tale *iusta causa* da abilitare all'acquisto, mercè la semplice *occupatio* (1).

Chiara è però l'ipotesi parallela: ora se il terzo che ha comperato dal marito donatario si cela alle ricerche della moglie, o, invitato da questa alla restituzione, si rifiuta, cessa di possedere *ad usucapionem*.

E in quest'ordine d'idee credo s'abbia pure a interpretare la tanto vessata L. 4 pr., *pro suo*, pure di Pomponio.

Ma qual è il rapporto in cui la *bona fides* viene ora a trovarsi colla *iusta causa?* Intanto essa non l'ha respinta. Al modo istesso che la *iusta causa* non cacciò di nido il *furtum*, ch'era probabilmente anche prima un divieto obbiettivo come ci appare di poi, e nemmeno la *iusta possessio*, così la *bona fides* non prese il posto senz'altro della *iusta causa*. Piuttosto s'aggiunse alla *iusta causa* per integrarla; il possessore deve comportarsi onestamente in ordine alla *iusta causa*. Si vuole anzitutto un rapporto determinato, dal quale indurre la non-lesione altrui nell'acquisto del possesso, e per quel che tale rapporto non esprime, è lecito scrutare altrimenti la coscienza e la condotta del possessore. L'ufficio della *bona fides* fu adunque meramente un ufficio integrativo e complementare.

Ora ciò determina appunto la relazione della *iusta causa* e della *bona fides*. I due requisiti sono distinti e la *iusta causa* è requisito primario, poichè l'assenza di lesione altrui nella presa di possesso è principalmente rappresentata da essa: non è adunque che la *iusta causa* sia subordinata alla *bona fides* e richiesta solo per indurne la *bona fides*.

Cotesta funzione della *bona fides* e cotesta sua relazione colla *iusta causa* si rivela del resto sotto tutti gli aspetti.

---

(1) [V. sopra, II, pag. 327 e segg.; III, pag. 359 e segg.].

In primo luogo la funzione integrativa della *bona fides* ci appare evidente nel fatto che la *iusta causa* scompare o s'intende viziata e si fa luogo alla *possessio pro possessore*, qualora faccia difetto la *bona fides*.

Ciò s'argomenta già dalla definizione ulpianea della *possessio pro suo:* « Pro suo possessio talis est. Cum dominium nobis *adquiri putamus* et ex ea causa possidemus ex qua adquiritur et praeterea pro suo » (1). Più apertamente lo mostra il giureconsulto nello stesso libro XV *ad Edictum*, dichiarando la *possessio pro possessore* e recandone esempî tali in cui generalmente la *iusta causa* in sè e per sè non fa difetto, ma fa difetto la *bona fides:* « *Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est.* Denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo » (2).

---

(1) L. 1 pr., D. *pro suo*, 41, 10.

(2) L. 13, § 1, D. *de her. pet.*, 5, 3. — A ciò sembrano contraddire la L. 2, § 1, D. *pro emptore*, e il Fr. Vat. 1. Nel primo testo Paolo dichiara che la questione del possesso dev'esser tenuta distinta da quella dell'usucapione « nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum *qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat* ». Nel secondo, già citato, si parla (il testo sembra dello stesso Paolo) di colui che ha comperato dalla donna una *res mancipi*, senza la *tutoris auctoritas*, scientemente. I *veteres* e dipoi Sabino e Cassio non ammettevano ch'egli fosse un compratore di buona fede: e conforme ad essi, Labeone dichiarò che un tal compratore possedeva *pro possessore*. Ma Proculo e Celso riconobbero nel caso una *possessio pro emptore;* e Paolo si pronuncia per questa opinione.

Io credo che la divergenza si debba riconnettere alla differenza tra la *possessio civilis* e *naturalis*, e allora essa si fa men grave. Di ciò mi fa persuaso in primo luogo il ragionamento di Paolo nel Fr. Vat. 1,

Si potrebbero anche addurre numerose specie particolari che soltanto da questo limitato ufficio della *bona fides* hanno lume: se non che l'esame di esse va riserbato piuttosto allo studio delle singole *iustae causae*. Possiamo solo affermare in genere che, fuori dell'àmbito della *iusta causa*, la *mala fides* non importa (1).

Ma l'argomento migliore, per mio avviso, della relazione che intercede tra la *iusta causa* e la *bona fides* si ha dal-

---

e il modo di trattare il caso. La donna, ei dice, può ben alienare la *possessio*, anche *sine tutoris auctoritate:* ora per questa *possessio* è ben necessario intendere la *possessio* pura e semplice o la *possessio naturalis*, perchè se la donna potesse alienare la *possessio civilis*, avrebbe fatto *dominus* l'acquirente. Il compratore adunque si può ben dire che possieda *pro emptore* rispetto alla *possessio naturalis*. Se si fosse trattato di un pupillo non si sarebbe deciso lo stesso, perchè il pupillo senza l'*auctoritas* del tutore non può alienare « nullam rem..... et ne quidem possessionem, quae est naturalis » (Marcian., L. 11, D. *de acq. rer. dom.*, 41, 1 [Riccobono in *Zeitschr. der Sav. St. für Rg.*, vol. XXXI, 1910, pag. 262, reputa questo frammento un'abborracciatura dei compilatori]). E similmente nell'ipotesi di un furioso: lo stesso Paolo, che, anche essendo il compratore in buona fede, dichiara nulla la vendita (« quamvis nulla esset emptio », L. 2, § 16, D. *pro empt.*) e accorda l'usucapione solo *utilitatis causa*, non avrebbe certo riconosciuto la *possessio pro emptore* in niun modo nel caso di scienza, poichè il furioso anch'esso non può alienar nulla, nemmeno il possesso, cioè la *possessio naturalis*.

(1) Vale a dire, dove la *iusta causa* non è viziata, ivi la falsa credenza in un vizio inesistente non importa. È questo il principio ritenuto dalla maggior parte de' giureconsulti romani o per lo meno da quelli che s'accostano alle idee sabiniane: principio espresso con dire che la *substantia*, la *res* debba prevalere alla *existimatio* e alla *opinio*. Cfr. rispetto alla tradizione, Paul., L. 9, § 4, D. *de iur. et f. ign.*, 22, 6; rispetto all'usucapione, lo stesso Paul., L. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4 (caso abbastanza grave, giacchè più che un elemento subbiettivo estraneo, può mancare un elemento subbiettivo essenziale a costituire il possesso: l'*animus rem sibi habendi*): Pap., L. 44, § 4, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3, e Fr. Vat., 260, in fine. *Contra*, il solo Pomponio: L. 32, § 1, D. *de us.*, 41, 3. Ma Pomponio esagera dappertutto l'elemento subbiettivo, poichè seguiva, come dirò, una tendenza diretta ad esaltare la *bona fides* a detrimento e fino all'esaurimento della *iusta causa*. Tale non è lo spirito dell'ultima giurisprudenza, nè quello del diritto giustinianeo.

l'esame attento del modo come procedono le cose in ordine alla prova. La *iusta causa* si deve provare, non v'ha dubbio, dal possessore; è questa la essenziale, pratica differenza dell'antico stato di cose. Ma certo la *iusta causa* non è prova della *bona fides*. Anche considerando la serie de' casi in cui più facilmente l'illusione può nascere, cioè quelli in cui la *bona fides* ha per suo presupposto un errore, non è la *iusta causa* che ha prodotto questo errore e non è dessa quindi che lo spiega e lo prova. Ciò si scorge ad evidenza ne' casi di errore inescusabile, dove, per essere l'errore più solenne, esso spicca di più e rivela subito che la circostanza ond'è stato ingenerato non ha niente che vedere colla *iusta causa*. Supponiamo infatti: Tizio compera da un impubere e crede in coscienza d'avere una *iusta causa*, perchè, per una sua crassa stupidità, egli crede che gli impuberi possano vendere liberamente le cose loro; la circostanza che l'ha indotto in errore non è certo la compravendita, ma la sua ignoranza del mondo e del diritto. Ma s'egli compera dallo stesso impubere, credendolo pubere e capace, forsechè le cose mutano e a un tratto la compravendita stessa diventa l'elemento giustificativo della buona fede? Evidentemente no: anche in questo caso ciò che l'ha indotto in errore sarà la circostanza che gli ha fatto credere quel fanciullo pubere e capace: per es. l'aspetto esteriore, il vederlo maneggiar liberamente gli affari e cose simili (1). Se infine egli compera da una persona certamente pubere, ma che non è proprietaria ed egli la crede tale, sarà la compera o altro negozio che giustifica la buona fede? Una lieve riflessione, aiutata dall'attenzione ai casi precedenti, basta a persuadere che anche in questo caso l'errore, che costituisce Tizio in buona fede, è prodotto e

---

(1) In simili casi veramente si può dubitare che una *iusta causa* vi sia: certo non v'è nel senso svolto finora. Ma ciò non turba il ragionamento: quel fatto, qualunque esso sia, che vorrebbe essere *iusta causa usucapionis*, non è la *iusta causa erroris*.

giustificato da circostanze poco visibili, ma non dalla compravendita. Sarà l'apparenza rispettabile di quella persona, la conoscenza ch'io n'ho, il carattere col quale abbastanza plausibilmente mi si presenta — per es. di commerciante, curatore e simili — e cento altre menome circostanze che m'hanno illuso e, senza nemmeno pensarci, indotto a credere d'aver a che fare col proprietario; sarà l'apparente ragionevolezza del suo fare e del suo discorso che m'ha indotto a crederlo sano di mente e capace di disporre. Insomma la *iusta causa* significa bensì che c'è una rinuncia a mio favore della cosa, un rapporto di non-lesione in genere, ma non significa che la rinuncia venga dal proprietario.

Ma allora che cosa n'è della prova della *bona fides*? Si suol dire che *si presume*. Ma che specie di presunzione sarebbe questa? E perchè si presumerebbe? Rispondo al primo punto: si discorre di una presunzione legale, cioè, in sostanza, di una inversione dell'onere della prova stabilita dalla legge. Ma ciò non è mai detto nelle fonti. V'ha di più: di recente è stato dimostrato dal Ferrini che le così dette presunzioni legali erano non solo di nome, ma anche di fatto straniere al diritto classico. Dove esse ricorrono nelle nostre fonti, il testo appare sicuramente interpolato: *praesumere* in tal senso (ammettere senza bisogno di prova) appartiene all'uso giustinianeo ed è ignoto ai giureconsulti classici, presso i quali ne' testi genuini la parola ha il senso comune all'epoca della latinità argentea: credere, opinare (1).

Ma se non è possibile ammettere una *praesumptio iuris* in senso proprio, niente vieta di riconoscere nella questione della *bona fides* il campo di quelle presunzioni rimesse alla prudenza del giudice, cioè delle così dette *praesumptiones hominis* o presunzioni semplici. E allora è la volta della seconda questione che ci siamo proposti: perchè si presu-

---

(1) Ferrini, *Le presunzioni nel diritto romano*, in *Riv. giur. ital.*, vol. XIV, 1893, pag. 258-294.

merebbe? Trovare il perchè non è parso così agevole a molti, e d'altra parte non è parso a molti necessario che la cosa debba esser così, nè quindi s'è rivolto il pensiero a cercarne una ragione. Coloro che si sono staccati dalla teoria di Savigny, per cui la *iusta causa* avrebbe appunto la funzione di prova della *bona fides*, richiedono che anche la *bona fides* come elemento distinto debba essere provata: così, ad esempio, il Windscheid (1). Se non che in riguardo alla presente questione come in riguardo a tante altre è forse inteso in modo troppo assoluto e grettamente loico il principio che all'attore o in genere a chi allega un fatto *incumbit onus probandi*. Chi allega deve provare, quando il fatto che allega si presenta come poco probabile ovvero, per così dire, come indifferente, ma non ha a provar nulla quando il fatto si presenti come molto probabile di per sè. Allora la realtà del fatto allegato *si presume:* all'avversario tocca provare che esso non sussiste.

Non è questa, lo ripeto, la vera e propria *praesumptio iuris* (2); la presunzione di cui si parla è una delle così dette *praesumptiones hominis*, più frequenti assai di quel che non si creda (3).

---

(1) Windscheid, *Pand.*, I, § 177, 4.

(2) Le *praesumptiones iuris* non liberano dall'onere della prova, soltanto ne fissano una indiretta; al posto di un fatto ne assegnano un altro, colla prova del quale s'intende provato il primo: è una prova che può dirsi formale, specialmente nelle *praesumptiones iuris et de iure*. Con ciò esse vengono a toccare quasi il terreno delle finzioni: ma v'ha sempre una differenza dalle finzioni vere proprie (messa bene in luce dal Ramponi, *Note sulle presunzioni*, in *Riv. giur. ital.*, 1893, II e III, pag. 329-350), ed è che nella maggior parte de' casi tal prova, benchè indiretta, raggiunge e significa il vero.

(3) Ripeto che il Ihering (cit. *Besitzwille*, pag. 145 e segg., e specialmente pag. 151-162) rifiuta a tali elementi che non si debbon provare, anzi nemmeno allegare dall'attore, ma tacitamente ammettere dal giudice, il carattere di presunzioni. Oltre ai momenti per cui veramente è stabilita la presunzione, egli scorge ne' fatti giuridici una parte negativa, che l'attore non ha a provare (pag. 151); ma non è per tal carattere negativo non costante (pag. 158) che tali elementi non s'hanno a provare, ma bensì per una ragione statistica (pag. 159), cioè, in

Ora codesta presunzione può ben trovare la sua applicazione nella prova della *bona fides*. Contempliamo infatti il caso più frequente: che presupposto della *bona fides* sia un fatto dello spirito, un errore. Come v'hanno, accanto alla gran massa degli errori, che diremo indifferenti, errori molto improbabili, perchè in generale facili a schivare, così ve n'ha pure di quelli che si presentano come molto probabili, perchè in generale difficili a schivare. Formulando la cosa dal punto di vista psicologico, può esser bensì che la falsa idea dell'oggetto rappresenti una manifestazione assai rara, assai fuor del comune in quel dato genere di fatti; in modo che, in base alle cause e alle circostanze più generali e comuni, l'opinione vera si presenterebbe anche nel dato caso come la più verosimile. Ma può anco essere che l'idea falsa che s'ha dell'oggetto rappresenti la manifestazione più ordinaria, che solo per una circostanza straordinaria in quel caso non è la vera; in modo che, in base alla conoscenza delle cause più comuni e ignorando quella causa accidentale, si potrebb'esser tratti piuttosto all'opinione falsa che non alla vera. Ora gli è evidente che nella prima serie di casi, più ancora che ne' casi di errore indifferente, il giudice dev'essere rigoroso nell'applicazione del principio, esigere da chi allega l'errore la prova assoluta di quella circostanza speciale, più o meno fuor dell'ordinario, che avrebbe falsato la sua rappresentazione. In questi

---

sostanza, la loro somma probabilità e la normale rispondenza alla realtà. Ma questa appunto è la ragione che mena alle *praesumptiones hominis*; e con una certa remissione oserei dire che la distinzione del Ihering mi sembra un poco torbida. Pare ch'egli si fondi sulla circostanza che tali fatti neppure si debbano allegare, nonchè provare, dall'attore; ma questa può intendersi come una differenza di grado, cioè derivante da una più assoluta probabilità, non di sostanza, cioè tale da giustificare la creazione di una nuova categoria nel sistema probatorio. Del resto l'allegazione di tali fatti è implicitamente fatta da chi pretende a un diritto, ond'essi pure son presupposti necessari [La presunzione della buona fede è diventata espressamente *praesumptio iuris* nel nostro diritto: cfr. Cod. civ. ital., art. 702, al. 1].

casi i giureconsulti romani parlano appunto di una *causa erroris* o *ignorantiae* che si deve provare. Ma nella seconda categoria d'errori o egli non ha a provare che un lieve elemento, oppure non ha niente a provare e l'errore, cioè la falsa rappresentazione del fatto nella mente del subbietto, *si presume.* S'intende poi da sè che, come nella prima serie d'errori l'avversario può opporre una controprova alla prova, così in questa seconda serie egli potrà egualmente produrre argomenti a invalidar la presunzione, a mostrar che l'agente non poteva essere in errore, perchè non ignorava la circostanza straordinaria, che ha prodotto quella manifestazione anormale.

Ora, tornando al nostro oggetto, l'errore, ch'è fondamento e argomento della *bona fides* relativa alla proprietà o in genere alla facoltà di disporre dell'alienante, appartiene alla categoria degli errori probabili di per sè, anzi è de' più probabili. Perchè ciò? Non peraltro se non perchè c'è un forte e ragionevole motivo di presumere che l'alienante sia proprietario o abbia facoltà di alienare; ed è la *iusta causa*, che si deve in generale supporre derivi dal proprietario. Inoltre conviene anche tener conto in questa materia di un momento speciale al popolo romano: l'imperfetto ordinamento della proprietà in quanto ai successivi trasferimenti; quell'assenza singolare di pubblicità adeguata a uno Stato civile, di certezza ne' diritti de' singoli; donde la difficoltà somma di essere sicuri di questa circostanza: che l'alienante sia proprietario (1). Chi volesse averne un riscontro pratico e attuale, basta consideri ciò che accade presso i moderni in materia di mobili e che significato largo e che libera assunzione ha in questa materia la buona fede.

Per tal modo la *iusta causa* non è punto la causa che ha prodotto l'errore, la *causa* o *iusta causa erroris*, ma è dessa la causa che l'ha facilitato e quindi lo rende ammis-

---

(1) Cfr. in proposito, BONFANTE, *Res mancipi e nec mancipi*, Roma 1888-89, cap. ult. [V. sopra, pag. 306 e seguenti].

sibile. Essa esprime un rapporto di non-lesione, una rinuncia alla cosa, non significa che tale rinuncia venga dal proprietario: ma siccome questo è il caso regolare, essa rende ragionevolissima la presunzione dell'errore.

Che cosa risulta da cotesta argomentazione? La *iusta causa* è bensì requisito primario e deve esser dimostrata di per sè, non per provare la *bona fides*. Ma fin dal primo affermarsi della *bona fides*, alla sua funzione primaria e originaria la *iusta causa* già ne congiunge una secondaria, accessoria: aiutar la prova della *bona fides*, facendola intanto presumere. Ma questa, lo ripeto, è ancora una funzione meramente accessoria e come la *iusta causa* non è destinata a tale scopo, così può essere che all'effetto non basti.

8. Sebbene la *bona fides* non fosse applicata che a integrare la *iusta causa*, nondimeno essa ha fornito, probabilmente sin dal suo primo affermarsi, il nome tecnico e tradizionale del possesso atto all'usucapione: « *possessio bonae fidei* ». Ma ciò è ben naturale, perchè codesto elemento intrinseco è oramai l'elemento caratteristico; in esso la coscienza giuridica sente il germe vitale della evoluzione futura; germe destinato a espandersi ed esaurire la *iusta causa*. Si trovano bensì adoperate vagamente a designare un tal possesso le forme *iusta possessio* o *iustus possessor* (1). Ma *iusta possessio* era denominazione oramai tecnica per la *possessio* acquistata *nec vi nec clam nec precario*. Ben è vero che questa *possessio* intesa in un senso assoluto (*erga omnes*) e la *possessio* avente a sua base una *iusta causa* nella pratica sembrano insieme compenetrarsi (2): ma anche

---

(1) Gai., *Inst.*, II, 95; Ulp., L. 31, § 2, D. *de h. p.*, 5, 3; L. 7, § 3, D. *de Publ. in rem act.*, 6, 2; Scaev., L. 19, D. *qui pot. in pig.*, 20, 4 [I due primi testi del Digesto, cioè la L. 31, § 2, D., 5, 3, e la L. 7, § 3, D., 6, 2, sono certamente interpolati]. Dal contesto è sempre chiaro che s'intende la *bonae fidei possessio*. Cfr. anche Paul., L. 11, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2.

(2) Cfr. Iav., L. 24, D. *de acq. vel am. poss.*, 41, 2: « Quod servus tuus ignorante te *vi* possidet, id tu non possides, quoniam is qui in

nella pratica v'ha troppi casi in cui certo il possesso non si può dir vizioso, e tuttavia non è possesso di buona fede. È *iusta possessio*, nel senso ch'è esente da vizî, quella in cui la *iusta causa* è annientata dalla *mala fides* o in cui s'ha propriamente una *causa iniusta*, come nelle alienazioni fatte dal pupillo (1) e nelle donazioni fra coniugi (2): è inoltre *iusta possessio* anche il possesso limitato del creditore pignoratizio, del sequestratario possessore e del precarista, benchè la *possessio* di questo può anche diventare ingiusta rispetto al concedente; e i giuristi quando usano *iusta possessio* per significare a un dipresso la *possessio ex iusta causa* si mostrano talora impacciati in queste distinzioni (3).

---

tua potestate est ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed *iustam* potest adquirere: sicut id quod ex peculio ad eum pervenerit possidet. Nam tunc per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia quod *ex iusta causa* corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, etc. » [Anche questo testo è certamente interpolato: Riccobono in *Zeitschr. der Sav. St. für Rg.*, vol. XXXI, 1910, pag. 355-361, reputa specialmente insiticia tutta la parte centrale *sicut id-creditur possidere*]. — E così avviene pure che si scambiano facilmente nelle fonti le espressioni *praedo* e *pro possessore*, laddove propriamente l'una accenna all'acquisto vizioso, l'altra al difetto di *iusta causa*, anche per esser questa annientata dalla *mala fides*.

(1) L'alienazione compiuta dal pupillo *sine tutoris auctoritate* era assolutamente nulla. Nel diritto classico si notava che, a differenza della donna, il pupillo aveva bisogno dell'*auctoritas tutoris* tanto per l'alienazione di *res mancipi*, quanto per l'alienazione di *res nec mancipi:* cfr. Gai., *Inst.*, II, 80. Tuttavia l'esaurimento della *iusta causa* trasse ad ammettere che il compratore in buona fede, cioè ingannato da un falso tutore o illuso dall'aspetto del pupillo, potesse usucapire: Gai., L. 13, § 2, D. *de Publ. in rem act.*, 6, 2; Paul., L. 2, § 15, D. *pro emptore*, 41, 4.

(2) È questo uno de' casi più evidenti e sicuri di possesso *ex iniusta causa*, ed è anche espressamente detto che il coniuge donatario *pro possessore possidet* (L. 13, § 1, D. *de her. pet.*, 5, 3; L. 16, D. *de acq. vel am. poss.*, 41, 2). Eppure è altrettanto sicuro ed evidente che il coniuge donatario non possiede *vi clam aut precario*, che la sua *possessio* non è in questo senso *iniusta*.

(3) Gai., L. 13 pr., D. *de Publ.*, 6, 2.

Bonae fidei possessio adunque dovette diventar ben presto il termine più in voga per designare il possesso *ad usucapionem*.

Se non che nelle Istituzioni di Gaio noi troviamo distinti due rapporti o due stati, l'uno e l'altro egualmente atti all'usucapione: l'*in bonis habere* o *in bonis esse* e la *bonae fidei possessio;* e troviamo delineati abbastanza nettamente i casi, gli effetti, i caratteri del primo, di cui anteriormente alla scoperta delle Istituzioni di Gaio s'aveva una notizia troppo generica da Teofilo. Ora che cosa significa codesta distinzione? È l'*in bonis* un concetto essenzialmente diverso dalla *bonae fidei possessio?* E se non è, che cosa ha di particolare, in che modo o in che misura ne diverge e quando s'ebbe a costituire tale differenza?

Io non ho fatto parola sinora di questa distinzione, perchè son d'avviso che l'*in bonis habere* sia tardi e insensibilmente uscito dal grembo della *bonae fidei possessio* e perchè credo che anche in seguito tale separazione non sia così grave nè abbia un valore essenziale per la dottrina dell'usucapione e della *iusta causa*. La difesa assoluta conseguita da chi ha *in bonis* la cosa, in quanto la *exceptio rei venditae et traditae* o eccezioni similari (1), lo garentiscono contro le pretese del proprietario e l'azione *Publiciana* o le altre azioni costituite a sua difesa si dirigono pur esse contro lo stesso *dominus ex iure Quiritium*, nella sostanza ne ha fatto certamente un dominio oramai. Ma non era tale prima della concessione di quei mezzi giuridici. Ed anche dopo la concessione di quei mezzi giuridici serba nella sua struttura caratteristica la prova più patente della origine sua. Dovunque si tratti di facoltà che trascendono il mero godimento, di effetti insomma che richiedono una relazione colla cosa meno legata alla materialità del possesso, questo rapporto tradisce una caratteristica impotenza e non risponde allo scopo.

(1) [Cfr., ad es., L. 44, § 1, D., 10, 2, relativa certamente in origine a un caso d'*in bonis:* v. sopra, pag. 377].

Codesto possessore non può manomettere lo schiavo e farlo cittadino romano. Perchè? Perchè appunto egli non ha sullo schiavo un diritto che trascenda il possesso, egli non può rinunciare che a questo, trasmettere, cioè, allo schiavo una specie di *possessio libertatis:* e c'è bisogno che il pretore intervenga a difendere codesta libertà meramente di fatto. Codesto possessore non può legare la cosa *per vindicationem.* Perchè? Perchè tale atto non trasferisce il possesso della cosa ed egli non può trasferire che questo. E in generale tutti i modi civili di trasmissione — *mancipatio, in iure cessio* — sono esclusi non tanto perchè sono modi civili, quanto perchè non implicano trasmissione del possesso.

Dove adunque gli effetti dell'*in bonis* non significano mero godimento e trascendono il possesso, l'*in bonis* non diverge dal possesso di buona fede. Senza dubbio quanto agli effetti patrimoniali esso ne diverge: il domino bonitario ha il godimento pieno e assoluto della cosa e il possessore di buona fede non l'ha. Ma codesta differenza non deriva da elementi diversi di struttura, bensì dalla estensione della difesa, dal fatto mero che il possesso di buona fede ha una specie di fianco indifeso dalla parte del proprietario. Il domino bonitario fa suoi tutti gli acquisti dello schiavo, perchè non ha a temere una evizione; invece il possessore di buona fede può essere evitto e quindi forzato a rendere, se non li ha usucapiti, anche tali acquisti al proprietario: egli non fa suoi se non quelli compiuti dallo schiavo *ex re sua* — e ciò è troppo naturale — ovvero *ex operis eius*, poichè le opere gli competono come i frutti. Similmente, per la stessa ragione, il domino bonitario fa suoi tutti i frutti; mentre sembra che alcuni giureconsulti limitassero l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede a quelli conseguiti col suo lavoro, ai così detti frutti industriali (1):

(1) Pomp., L. 45, D. *de usur. et fruct.*, 22, 1. — Testo di dubbia interpretazione e assai controverso. Quanto alla restituzione dei *fructus extantes*, certamente essa appartiene solo al diritto nuovo.

il che, di nuovo, non vuol dir altro se non che i frutti naturali doveva restituirli al proprietario, in caso di evizione. Di fronte ai terzi l'*actio Publiciana* garantisce al possessore di buona fede tutti gli acquisti, tutte le opere dello schiavo e tutti i frutti, non altrimenti che al domino bonitario, poichè il procedimento tutto e la condanna non importano differenza da questa azione alla *rei vindicatio*.

Concludendo, ripeto, se l'*in bonis* è un dominio, esso è tuttavia un dominio di natura essenzialmente diversa dal dominio civile e perfettamente analoga al possesso di buona fede. La sua caratteristica fondamentale è che esso è collegato necessariamente col possesso della cosa: non si acquista se non mediante il possesso della cosa, non si perde se non colla perdita del possesso; dura, insomma, finchè dura il possesso.

Risultato di questa disamina è che la denominazione di *bonae fidei possessio* non disconviene all'*in bonis*, nemmeno quando esso ebbe assunto la funzione di dominio, perchè solo in quanto alla funzione essenziale esso è dominio; in sè e per sè è possesso, e, come possesso, acquistato senza lesione altrui, non può essere che *bonae fidei possessio* in generale. Se Gaio in un trattato sistematico e rigoroso è obbligato a serbare una denominazione distinta pei due rapporti, d'altra parte nelle nostre fonti il titolare dell'*in bonis* non è chiamato altrimenti che *possessor* (1) o anche *bonae fidei possessor* (2); lo stesso Gaio preferisce dire *is qui*

(1) Cfr., ad es., l'espressione usuale *bonorum possessor* (detto anche *possessor* semplicemente: cfr. L. 1, § 1, D. *de coll.*, 37, 6; L. 5 pr., D. *de coll. dot.*, 37, 7). Il *bonorum possessor*, com'è noto, acquistava solamente l'*in bonis*.

(2) Cfr. L. 14, § 1, D. *de relig.*, 11, 7: « bonae fidei possessor est et dominium habet qui auctore iudice (s'intende, e forse era detto: Praetore) comparavit ». *Dominium habet* è probabilmente una interpolazione: cfr. *lex gem.*, 137, D. *de r. i.*, 50, 17 [Probabilmente anche *bonae fidei possessor* per *iustus possessor* o *in bonis rem habet*]. Il testo fa riscontro all'altro di Paolo: « Juste possidet qui auctore Praetore possidet » (L. 11, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2). — Anche nel fr. 45, D. *de usur. et*

rem in bonis habet. Dominus o *dominium*, per quanto sieno titoli che non disconvengono punto a cotesto possesso, avuto riguardo alla funzione sua — e d'altra parte *dominus* in generale può non indicare che il titolare di un diritto — pure in generale sembrano termini studiosamente schivati.

Postilla. — [Mantengo queste considerazioni per quel che concerne la natura possessoria dell'*in bonis* e la sua stretta relazione col possesso di buona fede; ma non credo ora nè che l'*in bonis* sia uscito dal possesso di buona fede, nè che la formola *possessio bonae fidei* comprenda anche l'*in bonis*. Cfr. le osservazioni in nota e lo studio: *Sul così detto dominio bonitario*, ecc. sopra, specialmente pag. 376; 387-388].

9. La *bona fides* fu l'ultimo elemento in cui venne a incarnarsi il principio della non-lesione altrui applicato a servir come limite all'acquisto mediante il possesso. E come la *iusta causa*, cioè la normale espressione della volontà di non compiere una *intrinseca* lesione altrui, aveva respinto o per lo meno lasciato nell'ombra la non-lesione dell'altrui possesso, così la schietta rappresentazione della coscienza e volontà di non ledere altrui doveva a grado a grado prendere il sopravvento sulla *iusta causa*. L'evoluzione della *bona fides* a danno della *iusta causa* dovette esser favorita dalla costruzione dell'*in bonis*.

La netta separazione dell'*in bonis* dalla *bonae fidei possessio* ebbe per effetto di restringere insensibilmente il mo-

---

fruct., 22, 1, di Pomponio, il Brinz intende che il *bonae fidei possessor*, il quale acquisterebbe anche i frutti naturali — interpretando *nec cuiuslibet bonae fidei possessoris:* non di tutti — fosse il domino bonitario. Ma forse, al contrario, chi non li acquista è quegli il quale è *bonae fidei possessor* rispetto alla sola *possessio naturalis*, poichè gli è rispetto a questa che il coniuge donatario si può considerare come *bonae fidei possessor* [L'interpretazione del Brinz è certo insostenibile. Il testo è probabilmente interpolato].

mento della *bona fides* a quest'ultimo rapporto, dove spicca e importa di più e dove si potrebbe invece prescindere dalla *iusta causa*, ed ebbe inoltre per effetto di restringere il presupposto normale o il contenuto della *bona fides* a quello stato psicologico, destinato quasi a riempire un vuoto nella *iusta causa* perfetta: l'ignoranza che non si è in rapporto col vero *dominus*. Tutto ciò non poteva non indurre una esaltazione della *bona fides*, avviandola a sopraffare la *iusta causa*. Destinata oramai a riempire un vuoto formatosi nella *iusta causa*, la *bona fides* s'innesta con essa talmente bene, s'adatta così naturalmente a farne le veci nella parte difettosa da rivelare nel modo più schietto la propria attitudine a esaurire la *iusta causa* e soppiantarla. Quel vuoto insomma, per seguitar l'immagine, può farsi più largo e la buona fede tende sempre a prender più largo spazio e riempirlo: la *iusta causa* potrebbe sparire e tutto il posto ne verrebbe occupato dalla buona fede. Lasciando da parte le immagini, può accadere che s'abbia una *iusta causa* invalida anche rispetto a colui col quale s'è in rapporto, sia proprietario o non sia: per es. è un pazzo, è un impubere che m'ha donato o venduto. Si vada più innanzi: può essere che la *iusta causa* esista solo nella mia immaginazione, ma in realtà non si sia mai tentato di porre in essere un rapporto siffatto: per es. un mio servo o un mio mandatario m'ha dato a credere d'aver comperato l'oggetto, ovvero l'ho trovato in beni ereditari e lo credo venduto o donato al mio autore, mentr'era solamente depositato presso di lui. È evidente che la buona fede, com'è stata applicata a rimediare il difetto di diritto dell'alienante, così potrebbe in astratto essere del pari applicata a rimediare ogni altro difetto e infine anche il difetto totale.

Se non che un tale processo di continua sostituzione della *bona fides* alla *iusta causa* non è senza pericolo e senza conseguenze. L'errore oramai si riferisce a elementi ne' quali cadere in errore non è tanto facile e non era nemmeno nella società romana, mentre d'altra parte, cedendo via via quanto

al requisito della *iusta causa*, verrà a dileguarsi quella ragion generale, per cui l'errore si poteva presumere: la *bona fides* emergerà sempre più, sopravanzando l'elemento in tesi preminente, la *iusta causa*; e questa, che doveva costituire in origine un rapporto reale di non-lesione, sia pure col non proprietario, verrà ad assumere una fisonomia così scolorita ed incerta da ridursi a un rapporto di qualunque genere che mostri la volontà di non ledere: quasi spiritualizzandosi per annientarsi. E allora l'errore su cui si basa la *bona fides* cesserà di appartenere alla categoria degli errori probabili e quindi presumibili, verrà invece ad appartenere all'altra categoria.

Non si potrà più ammettere la presunzione della buona fede, ma farà mestieri che l'usucapiente ne dia la prova, mostri la circostanza che ha ingenerato l'errore, la *erroris causa*; l'esigenza della scusabilità, che procede di pari passo colla probabilità dell'esistenza, potrà spuntar fuori per costituire quasi un nuovo requisito dell'usucapione.

Allora finalmente la *iusta causa*, intaccata nella sua essenza comincerà a presentarsi come qualcosa di meramente formale e meritare la denominazione di *titulus*, che bene adombra il suo nuovo stato, onorifico più che sostanziale.

Ma quando s'è giunti all'estremo in questo progresso della *bona fides* e in questo esaurimento della *iusta causa*, s'è giunti al limite dell'evoluzione, e, guardando indietro al punto da cui s'è preso le mosse, si vedrebbe ch'è avvenuta per effetto di questo graduale progresso della buona fede a detrimento della *iusta causa*, una completa rivoluzione nell'istituto dell'*usucapio*. La base giustificativa dell'usucapione non è più costituita o dalla *iusta causa* pura e semplice o dalla *iusta causa* integrata colla *bona fides*, ma soltanto dalla *bona fides*. Vi può ben essere ne' singoli casi anche un rapporto giustificativo d'acquisto: esso non avrà però la funzione essenziale dell'antica *iusta causa*, ma veramente quella di contribuire come qualunque altro elemento alla

prova della *bona fides*. In esso, vale a dire, si troverà esaltata e convertita in funzione essenziale quella meramente accessoria nell'antica *iusta causa*, di agevolare la prova della *bona fides*. In sostanza, la vera *iusta causa possidendi* o *usucapionis* sarà interamente svaporata, sottentrando al suo posto una generalissima *iusta causa erroris*, costituita da un insieme vario di circostanze, tra le quali, di solito, anche un titolo, più o men viziato, d'acquisto.

Ma questo cammino i Romani l'hanno percorso tutto? E se non l'hanno percorso tutto, dove si sono fermati? E come, attraverso a quali incertezze e pentimenti l'hanno battuto?

Qual'è in proposito la conclusione della giurisprudenza classica, quale la dottrina del diritto giustinianeo? Ecco il problema circa il così detto titolo putativo, denominazione colla quale dai moderni si usa designare tutta la serie dei titoli viziati anche in se stessi, indipendentemente dal rapporto col proprietario vero, fino al titolo assolutamente inesistente e immaginario; serie nella quale i nostri vecchi giuristi adoperavano quella minutezza di analisi e quella dubbia ricchezza di appellativi, ch'era una loro particolarità.

L'assorgere della *bona fides* cade nell'epoca fiorente della giurisprudenza classica; sicchè il lento procedere di questo nuovo mutamento si offre a noi nelle sue varie fasi e in una luce alquanto più chiara, benchè le ombre anche qui sieno molte. In generale se ne ricava la convinzione che il movimento fu irregolare e contrastato; molto contrastato, a mio avviso, anche per un motivo estraneo, che comincia ora a far sentire la sua influenza; e la conclusione cui si giunge nel diritto classico non rappresenta veramente il momento finale della evoluzione descritta.

La più antica dottrina remissiva della *iusta causa* in generale si è conservata in un testo, famoso nella questione, di Nerazio. È la L. 5 (ult.) del titolo *pro suo*, 41, 10: « Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa interim (interdum *Mo.*), propter ea, quae nostra existimantes possideremus,

constituta est, ut aliquis litium finis esset (1). Sed id quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. Quod tamen ita interpretandum est, ut *probabilis error possidentis* usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, *quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est* » (2).

Nerazio adunque accontentavasi di una *falsa existimatio* del possessore, basata su di errore scusabile (*probabilis o tolerabilis error*); e ne dà per esempio la compera che io credo abbia fatto un mio schiavo o il mio autore ereditario. Evidentemente questa non è già più la *iusta causa usucapionis*, se non per chi la confonda colla *iusta causa erroris*.

Sebbene l'opinione dominante, *volgo tradita*, come ci attesta Africano, si mantenesse tuttavia contraria alla remissione del titolo, pure l'idea che la buona fede al momento dell'acquisto dovesse esser sufficiente a giustificare l'usucapione e la realtà del titolo non importasse punto cominciava a farsi strada e a penetrare nella mente di alcuni. A questa corrente si oppose Celso con energia:

---

(1) [Il testo, a mio avviso, non vuol essere emendato come fa il Mommsen. Esso è certamente interpolato in questa parte che non ha senso (cfr. i tentativi della critica alla nota seguente) e nel suo tenore genuino dovea dire che l'*usucapio* è concessa così per le cose *traditae ex iusta causa a domino* o in genere *possessae ex iusta causa*, costituenti l'*in bonis*, come anche per la *bonae fidei possessio* (*propter ea quae nostra existimantes possideremus*)].

(2) [La critica non si è, a mio avviso, esercitata in modo felice su questo testo. Il Klein, *Sachbes. u. Ersitz.*, pag. 303, n. 3, sopprime l'inciso *etiam-interim*, conforme in sostanza all'opinione di Cuiacio: il Pernice, *Labeo*, II, 1, 1895, pag. 306-307, n. 1, reputa interpolata tutta la prima parte del testo sino a *finis esset.* Abbiamo espresso nella nota precedente le vere ragioni del guasto: nel suo tenore genuino l'inciso *etiam - interim* concerneva l'*in bonis* (cfr. Gai., II, 41-43).

Il nostro Alibrandi, *Possesso*, pag. 124-125, *Opp.*, I, 313, stralcia invece risolutamente come interpolata tutta la seconda parte, quella che propriamente ora ci concerne. Ma le considerazioni dell'acutissimo esegeta sono anch'esse questa volta del tutto inadeguate].

L. 27, D. *de usurp. et us.*, 41, 3. Ulp. XXXI ad Sab.: « Celsus libro XXXIV errare eos ait qui existimarent *cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem*, pro suo usucapere eum posse, nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia *neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.* Idem et in litis aestimatione placet, ut nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit ».

Meno aderente alla tradizione e più favorevole al nuovo spirito della *bona fides* potrebbe darsi che fosse Giuliano, se si riguarda la sua generale attività in ordine a questa e il suo spirito più liberale di fronte a Celso. Il suo discepolo Africano ci ripresenta poi schiettamente la dottrina di Nerazio che la *iusta causa erroris* basta all'usucapione.

L. 11, D. *pro empt.*, 41, 4. Africanus, l. VII Quaest. « Quod volgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, *si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat:* nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur » (1).

Seguace di Nerazio e fautore del titolo putativo doveva anco essere Pomponio: tale ci si rivela incidentalmente (2)

---

(1) La portata de' due testi di Nerazio e Africano mostra in sostanza d'esser la stessa, per quanto da molti si voglia scoprire tra l'uno e l'altro tal differenza che Nerazio rappresenterebbe il nuovo principio nel senso più radicale, laddove Africano, inspirandosi al suo maestro Giuliano, rappresenterebbe quasi una dottrina di conciliazione. L'uno e l'altro affettano di circondar delle stesse cautele la propria sentenza; l'uno e l'altro recano in esempio gli stessi casi. Soltanto, Africano cerca di colorire un poco meglio [Anche il testo di Africano si reputa interpolato dall'ALIBRANDI, *Possesso*, 124-125, *Opp.*, I, 313. I motivi addotti non reggono].

(2) Cfr. L. 3; L. 4, § 2, D. *pro suo*, 41, 10; L. 3, D. *pro her.*, 41, 5. — S'intende che quando nemmeno nella immaginazione esiste una sufficiente *iusta causa*, ovvero se la s'immagina, ciò accade per error di dritto, e non corre usucapione.

e d'altra parte la sua tendenza all'esaurimento della *iusta causa* è manifesta nel suo perpetuo e rigido insistere circa la *bona fides*, nell'àmbito largo e talora eccessivo che a questa concede (1) e nell'insistenza, non meno degna di nota, con cui ripete in generale che l'errore inescusabile (l'*error iuris*) non giova all'usucapione (2).

E a codesti scrittori parrebbe fosse da aggiungere il più tardo Sabiniano, Gaio. Certo nella sua lunga trattazione della usucapione, de' suoi requisiti, de' suoi casi anomali, è il momento della *bona fides* che risalta continuamente, nè della *iusta causa* si fa parola (3). Giustiniano è stato costretto, ricalcando Gaio, a inserir qua e là menzione di essa (4), soggiungendo infine la dichiarazione che l'*error falsae causae* non giova (5).

Se non che l'ultimo periodo della giurisprudenza e della legislazione romana sembrano rappresentare a questo riguardo quasi una reazione in favore della *iusta causa* vera e propria. Già Papiniano si esprime in modo che lascia ben supporre in lui un partigiano schietto della *iusta*

---

(1) Cfr. L. 32, § 1, D. *de us.*, 41, 3; L. 4 pr., D. *pro suo*, 41, 10.

(2) L. 4, D. *de i. et f. ign.*, 22, 6; L. 31, D., 41, 3 (non Paolo!); L. 32, § 1, *ibid.*

(3) GAI., *Inst.*, II, § 43: « bona fide acceperimus »; § 45: « etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat »; § 51: « ad alium bona fide accipientem transtulerit »; § 52: « ex contrario accidit, ut qui *sciat*, etc. »; § 56: « nam *sciens* quisque rem alienam, etc. ». Solo al § 49 (quamquam ab eo bona fide *emerit*) e al § 50 si potrebbe scorgere un vago accenno alla causa [V. ora anche FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni*, 2ª ediz., in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, 1901, tit. II, 6, pag. 151-153].

(4) Inst., II, 6, *de us. et l. t. p.* pr.: « qui bona fide ab eo, qui dominus non erat..... rem emerit vel ex donatione aliave iusta causa acceperit ». — *Ibid.* (in fine): « dominium rerum iusta causa possessionis praecedente adquiratur »; § 3: « quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit »; « qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit »; § 4: « vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit »; § 5: « vendiderit aut donaverit »; § 10: « a bona fide emptore vel qui ex alia iusta causa possidet ».

(5) Inst., II, 6, § 11 (nel testo). Paragrafo veramente importante.

causa (1). De' suoi discepoli, Ulpiano ripete, come s'è visto, la sentenza di Celso e non si può dubitare che non l'approvi; e tanto Ulpiano quanto Paolo, trattando le singole *iustae causae*, si occupano con ispecial cura di ribadire il principio della *iusta causa* e respingere il titolo putativo (2).

Le sanzioni del principio aumentano: e sempre con più energia. Ecco le seguenti costituzioni dell'imperatore Diocleziano:

L. 24, C. *de r. v.*, 3, 32. Diocl. et Max. Iuliano: « *Nullo iusto titulo praecedente possidentes, ratio iuris quaerere dominium prohibet.* Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii non absumitur: unde hoc casu postliminio reverso citra beneficium actionis rescissoriae directa permanet integra vindicatio » (a. 294).

L. 4, C. *de us. pro her.*, 7, 29. Diocl. e Max. Serapioni: « *Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest*, nec prodesse neque tenenti, *neque heredi eius* potest: nec obtentu velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo longi temporis spatio absumitur » (a. 294).

L. 3, C. *de usucap. pro don.* 7, 27. Diocl. et Max. Rhodano: « Inritam facere donationem perfectam nemini licet. Utque hoc verum est, sic *error falsae causae ratione fidei bonae non defenditur* (3). Quod et in dominio pro usucapione quaerendo servatur (4) ».

---

(1) L. 3, D. *pro leg.*, 41, 8. — Cfr. però L. 44, § 4, D. *de us.*, 41, 3 [Alibrandi, *Possesso*, 125, *Opp.*, I, pag. 314, reputa interpolate le parole *Idem dicendum-credat*].

(2) Cfr. Ulp., L. 1, D. *pro leg.*, 41, 8; L. 1, *pro dote*, 41, 9; Paul., L. 48 in fine, D. *de us. et us.*, 41, 3; L. 2 pr., *pro empt.*, 41, 4; L. 1 pr., D. *pro don.*, 41, 6; L. 2, D. *pro leg.*, 41, 8.

(3) [Il Partsch, *Die l. t. pr. im klass. röm. R.*, Leipzig 1906, pag. 12, sospetta il testo interpolato, sia a cagione del *bonae fidei ratione*, sia perchè l'inciso, in cui è la frase, gli pare veramente incastrato].

(4) Si può anche aggiungere: L. 4, C. *de praescr. l. t.*, 7, 33: « Diutina possessio... sine iusto titulo obtenta prodesse ad praescriptionem... non potest » (a. 293). L. 5, *ibid.*: « Nec petentem dominium ab eo, cui petentis solus error causam possessionis sine vero titulo praestitit, silentii longi praescriptione depelli iuris evidentissimi est » (a. 293).

Finalmente lo stesso Giustiniano nelle sue Istituzioni, dopo aver in più punti con cura messa avanti l'esigenza della *iusta causa* — il che è tanto più degno di nota, se si metta a riscontro la sua esposizione con il testo di Gaio, così muto circa la *iusta causa* e così pregno di *bona fides* — termina con pronunciarsi apertamente contro la sostituzione dell'*error falsae causae*, cioè in sostanza della *bona fides*, alla vera *iusta causa.*

§ 11, Inst. *de usuc. et l. t. poss.*, II, 6: « Error autem falsae causae usucapionem non parit. Veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat: vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat » (1).

Sicchè veramente una reazione sempre più viva ci fu. Se anche non avessimo testimonianze delle controversie anteriori e del punto a cui si giungeva da molti, lo stesso ripetersi frequente delle sanzioni, l'energia delle medesime lo mostrerebbe.

Nondimeno anche l'ultima giurisprudenza ammette accanto al titolo valido in sè, anche titoli oggettivamente esistenti, ma invalidi, per es. la compera da un incapace, impubere o furioso: è la *causa utilitatis* che muove qua e là a far qualche breccia nella *iusta causa* (2), o a conferire, anche in altri riguardi che non sieno la proprietà dell'alienante, alla buona fede virtù d'integrar la *iusta causa* (3). La reazione adunque non pare fosse così completa e assoluta. Ciò posto, ricercando le cause che la portarono, potrebbe forse credersi che gli ultimi giureconsulti abbiano tentato una conciliazione tra le opposte dottrine. È una caratteristica di quest'ultimo periodo della giurisprudenza di risol-

---

(1) [Secondo il FERRINI, *Sulle fonti*, ecc., l. c., il passo è desunto da Marciano]. Cfr. anche L. un., § 3, C. *de us. transf.*, 7, 31 (iustus possessor, iustus titulus possessionis, iusta detentio). Questa costituzione è specialmente importante pei motivi che, per mio avviso, indussero cotesta reazione.

(2) PAUL., L. 2, §§ 15, 16, D. *pro empt.*, 41, 4.

(3) PAUL., L. 4, D. *pro leg.*, 41, 8; cfr. anche HERM., L. 9, *ibid.*

vere le questioni più dibattute, massime quelle che divisero le scuole, per via di compromessi non sempre felici, dando luogo a un ibridismo di concetti, da cui spunta sempre fuori qualche eccezione. Si ricordi, ad esempio, la famosa teoria eclettica della specificazione e lo strappo che a questa teoria fu indotto a fare, pure accettandola, Giustiniano nelle sue Istituzioni (1).

Ma il vero o almeno il più grave motivo io credo sia da ricercare nel ristretto lasso di tempo, che per legge bastava ancora all'usucapione delle cose mobili e dei fondi italici, specialmente posto a confronto col lungo periodo della prescrizione pei fondi provinciali. Fu probabilmente questa istessa condizione di cose, assolutamente disadatta a un ampio Stato, che trasse i giureconsulti ad aggiungere al requisito della buona fede anche la scusabilità dell'errore su cui la buona fede si fonda. Si consideri che in tutti gli altri rapporti (responsabilità nella *hereditatis petitio* e nella *rei vindicatio*, acquisto dei frutti e acquisto del servo) la *possessio bonae fidei* si è ben resa indipendente dalla scusabilità dell'errore (2) e dalla furtività (3), e anche il requisito della *iusta causa* si valutava in una maniera così blanda da ridurlo in sostanza all'*error falsae causae* (4).

Qualunque cosa si voglia pensare circa i motivi di tale reazione, certo è che l'ultima giurisprudenza ha tutt'altro che respinto la *iusta causa usucapionis*, per sostituire ad essa una generalissima *iusta causa erroris*. Anche quei casi in cui sembra cedere si potrebbero facilmente conciliare col principio, ammettendo una *iusta causa usucapionis* un po' meno rigida in alcuni momenti: ma quei casi propriamente nel pensiero de' giureconsulti erano concepiti come

---

(1) [È possibile che non si tratti di reazione, bensì di una infiltrazione più tarda della *iusta causa* dall'*in bonis* nella *b. f. possessio*].

(2) L. 25, § 6, D. *de her. pet.*, 5, 3.

(3) Cfr. ad L. 39, D. *de a. r. d.*, 41, 1. — Non importa in genere il *vitium rei:* L. 48, § 1 in fine, *ibid.*

(4) Cfr. L. 25, § 6, D. *de her. pet.*, 5, 3, citata.

applicazioni singolari, *utilitatis causa*, e da non subire estensioni: nell'uno di essi Paolo si rifiuta anche a estendervi l'*actio Publiciana*.

Più grave diventa la questione nel diritto giustinianeo. Essa nasce principalmente dall'aver Giustiniano inserito nel suo *Corpus iuris* i due testi di Africano e di Nerazio, che non si sa come s'abbiano a conciliare colle ripetute sanzioni della *iusta causa* vera. Ma io aggiungerò ai due testi anco l'aver introdotto, bene o male, nel *Corpus iuris* la menzione d'una dubbia *iusta causa*, il titolo *pro herede*, disciplinandola anche in modo strano e contraddittorio.

Se non che rischiarare questo punto, l'ammissione del così detto titolo putativo, cioè fino a qual segno nel diritto giustinianeo alla *bona fides* sia riconosciuta virtù d'integrare e sostituire momenti della *iusta causa*, non si può se non dietro un esame particolareggiato delle singole *iustae causae*, non si può senza vedere in qual modo procedevano i giureconsulti nelle singole applicazioni e che aspetto assumano nel diritto giustinianeo le loro opinioni e i loro responsi.

10. Riassumendo, circa il concetto della *iusta causa usucapionis* in generale e la sua evoluzione storica si possono, a mio avviso, tener fermi i seguenti punti essenziali:

I. Limite al possesso come modo d'acquisto (*usus*, *usucapio*) fu in ogni tempo l'assenza d'una lesione altrui nell'atto d'acquisto del possesso, considerato l'atto in se stesso e non ne' suoi effetti.

II. Tale assenza di evidente lesione altrui era nell'antico diritto concepita in modo meramente negativo ed estrinseco come assenza di lesione dell'altrui possesso nell'acquisto del proprio possesso (assenza di furto; *iusta possessio* o *possessio nec vi nec clam nec precario*).

III. La *iusta causa* figura il primo momento in cui si riguardò all'*intrinseca* natura dell'atto di acquisto del possesso. Essa è un indice positivo che l'acquisto del possesso non implica presumibilmente violazione dell'altrui diritto, e

consiste in un *rapporto* col possessore antico che normalmente esprime questa condizione delle cose.

IV. La *bona fides* è l'assenza piena di ogni spirito lesivo nell'atto dell'agente, l'assenza intrinseca e assoluta di coscienza e volontà di ledere altrui nell'animo del possessore, esplorata in qualsivoglia guisa, desumendola da tutto il comportamento del possessore. Essa è l'ultimo momento in cui venne a incarnarsi il principio della non-lesione altrui applicato a servir come limite all'acquisto mediante il possesso [Data inoltre la sua natura, essa non ha di mira soltanto il *proprio autore*, ma il *vero titolare del diritto*. La *iusta causa* è il requisito *relativo* del possesso *ad usucapionem;* di fronte ad esso sta come requisito *assoluto* la *bona fides* (1)].

V. La *bona fides* è adoperata in origine esclusivamente a integrar la *iusta causa* e a integrarla rispetto alla proprietà del proprio autore. Pertanto la funzione primaria nell'esprimere la non-lesione altrui è tuttavia riserbata alla *iusta causa*, e la *bona fides* ha un ufficio subordinato e complementare.

VI. La *iusta causa* si deve provare, la *bona fides* come fatto estremamente probabile in generale si presume (*praesumptio hominis*). Ciò che la rende probabilissima e presumibile è appunto in via preliminare l'esistenza della *iusta causa*. Laonde la *iusta causa usucapionis* alla sua funzione primaria ed essenziale già ne aggiunge una secondaria ed accidentale: aiutare la prova della *bona fides*.

VII. Ma l'attitudine della *bona fides* a integrare qualunque momento della *iusta causa*, esaltata e resa più evidente da che l' *in bonis* si fu separato dalla *bonae fidei possessio* e il presupposto normale della moralità dell'agente si ridusse a una sua ignoranza (stato psicologico), fa che la *bona fides* a grado a grado tenda a esaurire la *iusta causa* e soppiantarla. L'effetto di questa evoluzione è che

(1) [V. in seguito (XII): *Note ulteriori sul giusto titolo e sulla buona fede*].

la funzione secondaria della *iusta causa* diventa a poco a poco funzione primaria, finchè la *iusta causa usucapionis* in sè e per sè svanisce e al suo posto sottentra la *iusta erroris causa*, base ed argomento della *bona fides*.

VIII. A questo momento finale della evoluzione pervenne una parte dei giureconsulti romani; ma l'ultima giurisprudenza reagì a tale estremo e la *iusta causa*, sebbene affievolita e qua e là tradita, sussiste ancora nel diritto giustinianeo.

IX. Le cause di questa reazione si potrebbero ricercare nello spirito conservativo del diritto e nell'eclettismo dell'ultima giurisprudenza romana; ma la ragione principale dovette certamente consistere nel pericolo dell'antica usucapione, date le condizioni sociali e politiche del nuovo Stato romano, per il brevissimo lasso di tempo in che si compieva: donde la necessità di circondarla d'ogni possibile garentia. Tali cause spiegano la moltiplicità dei limiti della usucapione, che perdurano tutti nel nuovo diritto e tutti s'ispirano, in ultima analisi, a uno stesso principio e sono diretti a un medesimo scopo: assenza di furto, *iusta causa*, *bona fides* e con questa anche la scusabilità dell'errore che la ingenera.

Non è certo, per mio avviso, un lieto evento, quanto alla perfezione sostanziale del diritto romano, che Giustiniano abbia rispettato questa moltiplicità di principî e non abbia, nel trasformare l'istituto della usucapione classica, dimostrato quel felice intuito, che lo trasse a ridurre in tante parti del diritto a una base unica e a un solo principio organico i diversi e confusi elementi della storia del diritto romano. Felice intuito e vigorosa aspirazione a una perfezione sostanziale, di cui la riforma più grande operata da lui — la sostituzione pura e semplice, dopo i primi tentativi, del nuovo principio della cognazione e della moderna società familiare a quel dedalo inestricabile della successione legittima dell'ultimo diritto romano — porge un magnifico esempio e un argomento incontestabile.

11. Giunti alla conclusione del presente studio, io credo opportuno, tanto a riprova della mia opinione quanto per chiarirne meglio il valore dommatico e toglier l'adito ad alcuni equivoci, di percorrere brevemente la serie delle teorie che si sono avvicendate e si contrastano tuttora il campo circa il concetto della *iusta causa* e della *bona fides* in generale e la mutua relazione loro. Sarà facile ora vedere, alla stregua dei concetti sviluppati, che se alcune si posson rigettare come false, altre mettono bene in luce qualche lato di vero, e specialmente per quel che concerne la *bona fides* in alcune la nota caratteristica si può dire colpita, per quanto non valutata appieno.

Circa la *iusta causa* dell'usucapione in sè, la teoria più antica e ancora ai nostri giorni la più diffusa ne dà il seguente concetto: « *iusta causa* è quel *negozio giuridico idoneo all'acquisto della proprietà*, astraendo da un impedimento che nel caso vi s'oppone (1) ». E mentre il Puchta e l'Arndts non si peritavano di soggiungere che tanti sono i titoli quanti i modi d'acquisto della proprietà, l'Uebbelohde era tratto a fare nel diritto storico la ricerca di speciali titoli *pro mancipato*, *pro in iure cesso*, *etc.*

Ora questa dottrina è assolutamente falsa. Essa disconosce la natura della *iusta causa* dell'usucapione e la natura della causa in generale, nonchè della *traditio*, della *mancipatio*, ecc. Basta, del resto, dare un'occhiata alle singole *iustae causae*, vendita, donazione, dote, *derelictio*, per convincersi, essendo spogli d'idee preconcette, che si tratta bene in generale d'un momento essenziale all'ac-

(1) È la dottrina che si trova ripetuta, in termini più o meno eguali anche dall'ARNDTS (*Trattato delle Pandette*, I, § 159), dal BRINZ (*Pand.*, I, § 158), dal WINDSCHEID (*Pand.*, I, § 178), dall'ACCARIAS (*Précis de droit rom.*, I, § 232), dal MAYNZ (*Traité de dr. rom.*, I, § 113), ecc. — Anche lo Stintzing, circa il significato della *iusta causa*, non si stacca dall'opinione dominante [Il Windscheid considera la tradizione come il titolo di gran lunga più importante per l'acquisto della proprietà].

quisto del dominio (1), ma non del fatto o del negozio completo d'acquisto. Ed è una povera scappatoia il rispondere che titolo è bensì la tradizione, il modo d'acquisto, ma si vuol indicarla piuttosto dal motivo sul quale poggia la volontà di trasferire il dominio (2), che il titolo *pro derelicto*, ad esempio, si dovrebbe dire *pro occupato*, e non si dice solo per non confondere tale usucapione coll'occupazione delle *res nullius* (3).

Una così stridente e rara contraddizione tra il concetto e la realtà non poteva non essere per lo meno sentita. E un tal sentimento ha ingenerato una serie di formule diverse. Per il Mayer essa è bensì un negozio d'acquisto, ma basato sull'*aequitas* (4): non v'ebbe mai *usucapio pro mancipato*, *pro in iure cesso*, perchè questi sono modi civili (5). È una correzione singolare della comune opinione: quanto giovi a renderla plausibile ognun lo vede. La *traditio*, la *occupatio* sono ben modi conformi all'*aequitas* e al *ius naturale*; e non c'è nondimeno usucapione *pro tradito*, *pro occupato*. E dall'altra parte il Mayer è costretto ad ammettere un'inesplicabile eccezione: il titolo *pro legato*, che è bene un modo d'acquisto *iuris civilis*.

Lo stesso Pernice è in questa corrente d'idee, per quanto e' dichiari di volersi staccare dall'antica opinione. Per esso la *iusta causa usucapionis* è il negozio giuridico *obbligatorio* (6) precedente il trapasso del possesso. Nella usuca-

---

(1) Sebbene, come si vide, la *iusta causa possidendi* e *usucapiendi* non è sempre identica alla *iusta causa adquirendi*.

(2) WINDSCHEID, *Pand.*, § 179.

(3) MAYER, *Die iusta causa bei Tradition und Usukapion*, Erl. 1871, pag. 153.

(4) MAYER, op. cit., pag. 113, 124.

(5) MAYER, op. cit., pag. 144.

(6) *Labeo*, II, pag. 181 e 184 [Anche nella 2ª ediz., 1895, II, pag. 406, 411-412, insiste sul lato obbligatorio]. Errore più grave ancora del precedente col quale si cumula: la *iusta causa* reale non è da confondere colla *iusta causa* o *causa* obbligatoria. La *stipulatio*, la promessa di donare e simili non sono *iustae causae* per l'acquisto reale o la presa

pione *pro derelicto* o *pro suo* (egli soggiunge) i giureconsulti romani non possono parlare di una *iusta causa* (*sie nicht von einer iusta causa reden können*) (1). Pure ne parlano, e a ragione; perchè il titolo *pro derelicto*, che confonde tutte le teorie, è la *iusta causa* più spiccata: se Tizio rinuncia *assolutamente* alla cosa, Caio ha ben ragione di credere che egli non lede alcuno, impossessandosi di cosa libera oramai d'ogni altrui diritto.

Altri, per non rompere a questo scoglio, ha spogliato la *iusta causa* d'ogni carattere. « Titolo è quella circostanza che fa apparire come legittimamente acquistata la nostra signorìa sulla cosa ». Tale è l'idea dello Schirmer (2), approvata e accolta dal Dernburg (3). E non dice per vero nulla di falso: si potrebbe soltanto cavillare sull'indeterminatezza di quella signorìa (4). Ma che cosa dice di positivo e di concreto? Lo Schirmer vede i contorni, per così dire, della cosa, ma ne resta fuori. Tanto vale non tentare alcuna definizione e dire che la *iusta causa* è il fondamento giuridico dell'acquisto. Nè molto più addentro si va, soggiungendo col Fitting: « circostanza economica, momento o fondamento economico (5) ». È un colore aggiunto alla cosa e nemmeno un

---

di possesso: non è tale nemmeno la vendita, cioè la *emptio-venditio* obbligatoria (Cfr. L. 5, D. *de a. vel a. poss.*, 41, 2): e se questa per verità compare come titolo di usucapione, ciò avviene perchè la struttura della *emptio-venditio* è tale che il pagamento eseguito in base ad essa non è causa giustificativa sufficiente.

(1) Pernice, *Labeo*, II, pag. 181 e nota 3 [pag. 406, n. 1, della 2ª ediz.]. — Similmente il Brinz (*Pand.*, § 159, pag. 519), che pure colorisce la sua *iusta causa* in modo da renderne un concetto vago, ma giusto abbastanza. — Anche un recente scrittore francese, il May (*Éléments de dr. rom.*, Paris 1892, pag. 164, nota), giunge ad asserire che la usucapione *pro derelicto* è un caso eccezionale, in cui per la usucapione non si richiede una *iusta causa*.

(2) V. *Zeitschrift für civ. R. u. Pr.*, N. F., vol. XVI.

(3) *Pand.*, I, § 220, pag. 502.

(4) [Anche questa parola nondimeno mi sembra una giusta traduzione della romana *possessio*].

(5) *Archiv für civ. Pr.*, vol. LI e LII.

colore adeguato, perchè non si tratta di stabilire lo scopo dell'usucapione, che è senza dubbio economico, bensì di delimitarne, come dissi, le frontiere. Il limite dell'usucapione è giuridico, non economico.

Un valente romanista, onore della scuola francese, lo Appleton, prende le mosse, in compagnia dello Stintzing, dal diritto antico; ci si trova bene e ci resta. Per lui la *iusta causa usucapionis* è sempre « l'insieme delle circostanze le quali impediscono che vi sia furto nell'appropriazione della cosa (1) ». Lo scoglio è schivato, ma per restar nelle secche e non far viaggio. Codesta *iusta causa usucapionis* non si può dir nemmeno una *iusta causa erroris:* anche il più grossolano error di diritto impedisce che vi sia furto (2).

---

(1) *Hist. de la propr. prét.*, I, pag. 291.

(2) [Il Perozzi, *Ist.*, I, pag. 413 e segg., fa il tentativo un poco sforzato di contaminare l'opinione dominante colla mia: « La *causa usucapionis* può essere anche un modo di alienazione e quindi d'acquisto del dominio, ma solo allora quando il modo importi in sè una giustificazione sociale della rinunčia al dominio e al possesso voluta da chi lo compie ». Ma le spiegazioni di questo concetto (pag. 414, n. 1) sono prolisse e un po' torbide, e in genere lo scetticismo che mostra il Perozzi (pag. 420, n. 2) è per lo meno esagerato e fonte di equivoci. Si può e si deve sempre stabilire (usiamo le parole adeguate del Perozzi) entro quali limiti si muova il pensiero giuridico dei Romani nel riconoscere una *iusta causa* per un dato effetto, e, purchè non si erri col definire il falso o il troppo (per es. nel caso nostro: negozio giuridico, negozio giuridico obbligatorio), o viceversa il troppo poco (circostanze giustificative), non si resta nel vago e nell'ambiguo: e non credo di esservi restato io, che abborro più di ogni studioso l'una cosa e l'altra. Ma precisamente il Perozzi, nell'attribuire (pag. 420, testo corrispondente alla nota 2) all'usucapione originaria « il carattere di integrazione di un'alienazione », è fuor dell'orbita del pensiero giuridico dei Romani, e con l'asserire che soltanto Giustiniano ne ha fatto « un modo autonomo di acquisto del dominio » rovescia precisamente lo svolgimento dell'istituto.

Sul tema della *iusta causa usucapionis* non si può ragionare, finchè non si fissa chiaro che essa non è un *negozio*, bensì un *rapporto* e finchè si reputa che una *iusta causa* vi sia nella pura e semplice *possessio et usucapio pro herede*, cioè, s'intende, quando il defunto cui veramente si succede, non fosse lui munito di *iusta causa* (V. Perozzi, loc. cit., I, pag. 414, n. 1, e II, pag. 383 e segg.). Cfr. in seguito: *Le singole iustae causae usucapionis*, n. 11 e 12, e ivi anche il legato al n. 8].

Quanto alla *bona fides* è da premettere una osservazione generale: che la maggior parte delle opinioni la definiscono, guardando al suo normale presupposto nella *bonae fidei possessio* tipica, e poichè questo presupposto normale è un errore, la *bona fides* è, in quanto al genere, una opinione o credenza falsa.

Nella vecchia dottrina della *iusta causa* tale opinione era naturalmente la credenza di essere divenuto proprietario, la così detta *opinio dominii* (1). Idea falsa assolutamente come la teoria della *iusta causa* cui risponde. In astratto, si può dire che cada appunto con quella: l'usucapiente crede bensì che il vero proprietario abbia rinunciato, crede, cioè, d'avere a favor suo una *iusta causa*, ma ciò non significa che creda punto d'esser diventato proprietario. In concreto, essa è smentita da una serie di attestazioni e di casi delle nostre fonti (2).

Ed è appunto dal riguardare a siffatte attestazioni che è nata la teoria più comune oggidì, anche in Francia e da noi. Essa è quasi una inversione della precedente: la *bona fides* consiste nella credenza di acquistare dal proprietario o da un rappresentante del proprietario; credenza, insomma, nel diritto di disporre del proprio autore (3). È in fondo una

---

(1) È la dottrina del MÖLLENTHIEL (*Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung*, Erl. 1820), ritenuta dall'UNTERHOLZNER (*Lehre der Verjährung*, vol. I, pag. 409), dal BÖCKING (*Pand.*, § 147, pag. 101-102), dal KELLER (*Pand.*, § 133), dall'ARNDTS-SERAFINI (*Trattato delle Pandette*, § 160).

(2) Cfr. L. 28, D. *de nox. act.*, 9, 4; L. 44, § 4, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; L. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 3, D. *pro don.*, 41, 6; L. 5 pr., D. *pro der.*, 41, 7; L. 25, D. *de don. inter vir. et ux.*, 24, 1.

(3) BRINZ (*Pand.*, I, § 161), VANGEROW (*Pand.*, 7ª ed., § 321), ACCARIAS (*Traité*, § 234), PETIT (*Traité*, Paris 1892, n. 203), MAY (*Dr. rom.*, Paris 1892, n. 89). Non efficace è la critica che muove il PERNICE a questa definizione (*Labeo*, II, pag. 208, n. 5). In senso lato si può considerare come proprio autore anche il derelinquente; e quanto all'acquisto dal pazzo esso appartiene a un ampliamento della *bona fides*, che si può sempre riguardare a parte [Il PERNICE non riproduce le sue osservazioni nella 2ª ediz.: cfr. *Labeo*, II, 1, pag. 462-463].

definizione tolta di peso dalle fonti (1), e di regola essa risponde al vero, perchè di regola, come ho detto più volte, la *iusta causa* si concreta in una rinuncia del possessore a favor vostro, e non v'è buona fede, se non a patto di credere che tal possessore che rinuncia sia il proprietario o legalmente lo rappresenti: onde, dal punto di vista pratico, tale definizione si può anche dire ottima. Ma esattissima non è: anche tenendosi sul terreno in cui di regola è giusta, v'hanno pure dei casi in cui si sa benissimo che il proprio autore non è il proprietario, nè un suo legale rappresentante o persona in genere che abbia diritto di alienare la cosa, e nondimeno tale scienza non esclude la buona fede. Sono i casi notissimi della *noxae deditio* da parte del possessore di buona fede (L. 28, D. *de nox. act.*) e della compera dal coniuge donatario (L. 5 pr., D. *pro. der.*): si usucapisce, dice Pomponio, perchè il donatario aliena la cosa « quasi volente et concedente domino »: basta adunque che il coniuge *donante* sia proprietario *o lo si creda tale.*

La migliore definizione in questo terreno è quella del Burckhardt, inspirata appunto al testo suddetto: « la credenza di acquistare *volente et concedente domino* » (2); cioè come io dissi altra volta, la presunzione che il consenso del proprietario all'acquisto vi sia, o, meglio, la credenza che il proprietario abbia effettivamente rinunciato a favor vostro alla cosa.

Nondimeno, tenendosi pur sempre sullo stesso terreno della normale esplicazione della *bona fides*, essa può rimediare ad altri vizî della *iusta causa*, oltre a quello relativo alla proprietà dell'autore: vizî per cui questa diventa o si avvia a diventare il così detto titolo putativo. Tali vizî hanno per vero un trattamento diverso e rispetto ad essi la buona fede non si presume mai: ragione per la quale alcuni sepa-

---

(1) L. 109, D. *de v. s.;* Gai., *Inst.*, II, 43; pr. I. *de usuc.*, II, 6; Theoph., *ibid.:* § 35, I. *de rer. div.*, II, 1; L. 27, D. *de contr. empt.*, 18, 1, ecc.

(2) *Zeitschr. für civ. R. u. Pr.*, vol. XXI, 1864, pag. 287 e 321.

rano nettamente la *bona fides* relativa al diritto dell'alienante dalla *bona fides* relativa ad altri vizî. In realtà però la natura è la stessa e le fonti parlano egualmente di *bona fides*.

Ora la nozione tradizionale e comune della *bona fides* in questa generica significazione è « ignoranza dei vizî per cui il titolo è inetto all'acquisto o ignoranza dei vizî del titolo ». Io potrei anche accettare questa definizione; ma, intendendo il titolo romano in un senso così diverso, naturalmente anche cotesta *bona fides* mi viene ad assumere un significato affatto diverso. Tale ignoranza non significherà punto che io creda d'aver acquistato il dominio, come immaginavano i nostri vecchi, ma semplicemente che io creda d'avere una *iusta causa* perfetta, cioè, nuovamente, di regola che io creda a una rinuncia del proprietario a favor mio.

Ma la *bona fides* è stata oggetto al tempo nostro di uno studio ben più esauriente e felice che non la *iusta causa*. Si vide che presupposto della *bona fides* non è sempre un errore: si recarono per la prima volta nella questione anche testi in cui s'acquista dal proprietario o dal suo rappresentante e nondimeno la *bona fides* è contestata e negata (1); s'immaginò allora che il vizio delle diverse nozioni derivasse dal concepire e definire la *bona fides* come uno stato psicologico anzichè come uno stato etico, e si credette di troncar definitivamente la lite, considerando esclusivamente la *bona fides* sotto quest'ultimo aspetto. Questa nuova tendenza fu iniziata dallo Scheurl (2); ma l'autore che n'ha proseguito con maggior profondità ed esagerazione lo studio è il Bruns (3). La *bona fides* del diritto romano, secondo il nuovo concetto, consiste nella coscienza di comportarsi da onest'uomo: non si tratta di credere o di non credere, ma di coscienza, rettitudine, onoratezza. In diretta opposizione a questo concetto sarebbe la così detta buona fede psico-

---

(1) La L. 7, § 6, e la L. 8, D. *pro empt.*, 41, 4.

(2) *Beiträge*, Erl. 1854.

(3) *Bona fides*, Berl. 1872.

logica; e poichè i Romani hanno fissato la *bona fides* come uno stato etico, il Bruns ne induce che la scusabilità dell'errore doveva essere insita nel concetto della *bona fides*, cioè che l'errore inescusabile la escluda (1).

Non è per me lontano il sospetto che la controversia privata, in occasione della quale s'accese il dibattito tra lui e il Wächter, abbia traviato la mente serena del Bruns; tanto mi sembra passionato il suo scritto, strane sovente le argomentazioni, le antitesi, le conseguenze. Forse l'esempio rende anche manifesto una volta di più come sien pericolose nel ragionar concreto e nella pratica le astrattezze e come colle più esatte nozioni di tal natura si possa divagare e ragionar fuori di proposito. Che la buona fede sia uno stato etico non v'ha dubbio: ed è merito incontestabile del Bruns l'averlo inteso e vigorosamente espresso. Ma non è men vero che uno stato etico ha per suo presupposto un determinato modo di sentire o di agire del subbietto: e che in quanto all'usucapione questo presupposto è normalmente un errore, cioè appunto uno stato psicologico: che, per conseguenza, si è onesti, qualora si creda il falso; e che se si commette un errore inescusabile, non si è meno onesti per ciò: che, infine, si possono distinguere gradi diversi nello stato etico, nella moralità dell'agente, cui rispondano diversi gradi nella persuasione, nella sicurezza dell'errore, cioè diversi stati psicologici; ma non una buona fede etica in contrapposizione a una buona fede psicologica. E quanto al concetto, esso è giusto, ma perfettamente campato in aria; non se n'induce nulla, molto meno poi ciò che il Bruns ne vuole indurre. Per vuotare la buona fede del suo contenuto psicologico, ei l'ha alleggerita d'ogni contenuto.

Tal difetto non ha la definizione dello Schirmer « coscienza di non far torto al proprietario » (2). Questa formula ha incon-

(1) È celebre in proposito la lotta che s'accese tra lui e il Waechter in occasione d'una controversia privata. [V. in seguito: *Essenza della bona fides*, etc.].

(2) *Zeitschr. für civ. R. u. Pr.*, n. 8, vol. XV e XVI.

trato favore e meritatamente; l'ha fatta sua il Windscheid (1), l'hanno accolta anche il Dernburg (2) e il Fadda (3). Sicchè si potrebbe quasi dire che circa il concetto della *bona fides* siasi raggiunta veramente quella meta cui si doveva giungere per la giusta causa: se non fosse il turbamento che ingenera ancora lo stato etico e psicologico riguardo al grado della buona fede, se debba concepirsi positivamente o negativamente, cioè come assenza di dolo, e riguardo al suo rapporto coll'errore.

L'ultima questione, in cui pure le idee si confondono e contro ogni aspettativa le più opposte s'incontrano, concerne il rapporto che intercede tra la giusta causa e la buona fede. Com'è noto, nella dottrina che va sotto il nome del Savigny, il titolo avrebbe l'uffizio di giustificare e provare la buona fede (4). A rigor di logica, questa relazione dovrebbe condurre ad ammettere il titolo putativo nel suo più largo senso; ridotta a questa funzione la *iusta causa usucapionis* si confonde colla *iusta causa erroris*. E chi, come lo Stintzing, è affatto indifferente alla realtà del titolo, non dovrebbe, a dire il vero, contrastare il campo alla teoria del Savigny.

Il valore pratico della teoria del Savigny fa ch'ella è facilmente accolta o s'insinua tanto in Francia quanto da

---

(1) *Pand.*, I, § 176.

(2) *Pand.*, I, pag. 444, n. 23.

(3) *Lezioni*, 1886-87, pag. 287 [di nuovo: *Teoria della proprietà*, Lezioni, Napoli 1907-908, § 151, pag. 262]. — La formula del Pernice, « credenza nella legittimità del proprio possesso » (*Labeo*, II, pag. 230; 2a ediz., 2, 1, pag. 505), è sì un'espressione giusta, ma come definizione alquanto vaga. Ciò che sarebbe necessario alla legittimità, cioè il contenuto di questa credenza, e il *minimum* essenziale che si richiederebbe — assenza di lesione altrui — sfugge al Pernice, mentre è inteso nella formula dello Schirmer e del Windscheid. L'Appleton dice « credenza di non commetter furto », ma intende la cosa nel senso delle formule del Burckhardt e del Windscheid (I, pag. 280, § 160).

(4) Il Savigny, *System*, III, pag. 372 (trad. Scialoja, pag. 474) si esprime così: « Il titolo serve non solamente a giustificare la buona fede, ma a farne ammettere come fatto la esistenza, sino a che l'avversario non provi la mala fede ».

noi. In essa viene a ritrovarsi anche l'Appleton. Altri, come il Bonjean, reputa affatto oziosa e di parole più che di sostanza la questione se sieno o non sieno requisiti distinti.

Dal momento che, a ogni modo, secondo l'una o l'altra teoria, la giusta causa s'ha a provare e la buona fede no, che serve discutere? Si presuma o s'intenda provata colla prova della giusta causa, il risultato è lo stesso (1).

Forse. E non dissimulo che la teoria sviluppata da me, per cui la *iusta causa* resterebbe, anche dopo il sorgere della *bona fides*, il requisito primario ed essenziale, esprimente l'assenza di lesione altrui, acquistando però da quel momento la funzione accessoria di contribuire alla prova della *bona fides*, non pare che meni a risultati diversi da quella del Savigny: perchè in fondo, anche secondo me, ciò che si deve dimostrare in sulle prime è, di regola almeno, soltanto l'esistenza di una *iusta causa*. Ma riflettendo un poco, io credo che si possa scorgere che se la dottrina del Savigny si trova d'accordo colla pratica è per una ragione molto semplice: che quando una teorica non mena a Oriente invece di menare a Occidente, la pratica la raddrizza e l'indirizza lei, senza nemmeno averne coscienza. E d'altra parte i concetti ne soffrono e ciò non è a disprezzare, anche se nella questione particolare il resultato fosse esattamente lo stesso. La teoria del Savigny inspira preoccupazioni false circa la concezione generale, storica e dommatica dell'usucapione, confonde la dottrina delle prove, non riconoscendo in questa prova della buona fede una presunzione o non avvertendo la natura di questa presunzione, e finalmente (lo vedremo nell'esame delle singole *iustae causae*) turba l'interpretazione di alcune leggi. Ma sovrattutto, ripetiamo, essa porta diritti all'ammissione piena del titolo putativo e non si concilia nemmeno troppo con la teoria che richiede per lo meno la scusabilità dell'errore.

---

(1) Bonjean, *Traité des actions*, Paris 1845, II, pag. 143, n. 1-2.

Del resto l'opinione dominante oggidì circa il rapporto tra la *iusta causa* e la buona fede è appunto per la distinzione de' due requisiti, assegnando piuttosto, in quanto all'importanza, un posto subordinato e ufficio integrativo alla buona fede: a ciò ha condotto uno studio più esatto del pensiero e delle fonti romane al riguardo. Ma notevole in proposito, come argomento degli equivoci cui può condurre il modo comune di concepire la *iusta causa*, è l'opinione del Mayer circa il suo rapporto colla *bona fides*. « Del tutto falsa e cagion d'errore (esclama egli) è l'espressione che la *bona fides* completi, integri il titolo, ne tenga le veci dove questo è vizioso. Se la cosa stesse così il titolo, *che in sè è un pieno atto di acquisto, e i cui difetti consistono nell'assenza di certe parti necessarie all'acquisto*, integrato dalla buona fede dovrebbe operare come un negozio d'acquisto perfetto, cioè trasferire la proprietà (1) ». Sì, se la *iusta causa* si dovesse concepire come un negozio d'acquisto e presupposto della *bona fides* fosse esclusivamente l'errore. Ma io intesi in tutto il mio studio a dimostrare principalmente questo: che la *iusta causa possidendi* o *usucapionis* si distingue dal negozio d'acquisto, si riferisce alla *possessio*, non già al *dominium*, come dovrebbero dimostrare ad evidenza la *traditio ex iusta causa* di *res mancipi*, nonchè le cause pretorie dell'*in bonis*, che è mera *possessio*. Certo può darsi che un modo d'acquisto del dominio sia intervenuto e che si creda precisamente d'esser proprietari: ma se l'esser divenuta la tradizione un modo generale di acquisto del dominio nel diritto nuovo, se l'esser ormai le *iustae causae* pretorie pienamente parificate alle altre *causae adquirendi* fa che d'ordinario le cose non sieno in termini diversi — il che ha potuto ingenerare la falsa intelligenza circa l'usucapione romana e la sua giusta causa — nondimeno i momenti inerenti al negozio d'acquisto più che all'intrinseca giustificazione del

(1) Mayer, *Die iusta causa bei Tradition und Usukapion*. Erl. 1871, pag. 141.

possesso si debbono pur sempre riguardare come altrettanto inutili alla usucapione romana, in sè e per sè considerata, quanto sono essenziali alla usucapione moderna, convertita veramente nella sanatoria d'un acquisto imperfetto del dominio.

Postilla I. — Il Pernice, *Labeo*, 2ª ediz., II, 1, 1905, pag. 391 e 433, non ha mostrato di conoscere o di conoscer bene il mio scritto, e discute con gran prolissità, mantenendo molti erronei concetti della 1ª edizione. Tuttavia egli ha penetrato alcuni de' concetti fondamentali da me fissati: che l'usucapione è un modo *autonomo* di acquisto della proprietà (pag. 463; osservazione nuova rispetto alla 1ª edizione, pag. 208) e che la *iusta causa* e la *bona fides* costituiscono non già il fondamento, bensì le *condizioni limitative dell'usucapione* (pag. 464; cfr. 1ª ediz., pag. 208 e sopra, pag. 474 testo e n. 1). Per conseguenza egli combatte le teorie che si appuntano su questi requisiti e che rappresentano l'usucapione ora come destinata alla difesa degli interessi commerciali (è preziosa nel Pernice questa confesfessione che ricorda i suoi errori di così larga e nefasta influenza in tema di eredità!), ora come rivolta a costituire un premio alla buona fede.

Postilla II. — Gli scritti più importanti usciti dopo il nostro sono lo studio di P. P. Zanzucchi, *La « successio e l'accessio possessionis » nell'usucapione*, pubblicato nell'*Arch. giur.*, vol. LXXII, 1904, e lo studio di J. Partsch, *Die « longi temporis praescriptio »*, Leipzig 1906. Il primo autore accoglie fondamentalmente la mia tesi; ma l'opera concerne propriamente un tema laterale, di cui a suo luogo io ho accolto i risultati, specialmente per quel che concerne la buona fede perpetua nella donazione. L'opera del Partsch ha propriamente per oggetto un istituto distinto dalla classica *usucapio* romana, e precisamente l'istituto che nel diritto giustinianeo si è fuso con essa ed ha infuso all'usucapione il suo nuovo

spirito. L'autore di esso, che è fuori di strada in alcuni particolari non inerenti propriamente al suo tema, come la successione dell'erede nella buona o mala fede, la pretesa Publiciana per la difesa delle servitù, ecc., è felice invece nel ritrovare le origini della *longi temporis praescriptio* nel diritto greco e nel delinearne il suo carattere genuino, turbato dall'avvicinamento con l'*usucapio*. La *longi temporis praescriptio* non era menomamente un istituto acquisitivo, come l'*usucapio* (acquisto mediante il possesso), nè propriamente un istituto estintivo: essa era nelle origini una mera *presunzione* e apparteneva quindi al sistema probatorio. Suo fondamento, più che il possesso per sè, cioè l'affermazione e l'attività del possessore, è la tolleranza dell'avversario, la sua inazione, il suo silenzio, che fanno presumere la carenza di diritto, quando egli si presenti lungo tempo dopo a reclamare la cosa, e fanno quindi dar ragione all'avversario. In un certo senso pertanto lo spirito e il punto di partenza della *longi temporis praescriptio* è l'opposto dell'*usucapio*.

Questa tesi che l'autore dimostra, a nostro avviso, pienamente con diretti argomenti storici e mercè il confronto con le fonti attiche e coi papiri egiziani, si può altresì corroborare e colorire con l'applicazione del nostro metodo, che tende a ricavare dalle viscere stesse degli istituti la figura e la funzione originaria. Ciascuno de' requisiti specifici della *longi temporis praescriptio*, che essa ha portato nell'istituto nuovo, ha precisamente per sua spiegazione il fondamento specifico della *l. t. praescriptio.* Anzitutto il lungo periodo richiesto a prescrivere, il quale rappresenta null'altro che un *longum silentium*, e la stessa distinzione del tempo decorso tra presenti, cioè dimoranti nella stessa città o nella stessa provincia, e tra assenti, che rappresenta un equo riguardo alla giustificazione eventuale dell'inazione. Inoltre l'interruzione civile, ignota all'*usucapio*, mediante l'azione intentata, in quanto questa per l'appunto rompe il *silentium* e quindi elimina la presunzione, mentre l'usuca-

piente continuava il possesso ed era logico che dovesse usucapire anche *inter moras litis.*

Per la stessa ragione è nella *longi temporis praescriptio* che appare l'istituto della sospensione di fronte ai pupilli e ai minori, agli assenti per giusta causa, cioè ai veri assenti, di fronte a cui non vale il motivo dell'inazione, del silenzio: *contra non valentem agere non currit praescriptio.* Finalmente anche l'*accessio possessionis*, la possibilità di aggiungere al proprio possesso quello del proprio autore negli stessi rapporti tra venditore e compratore, cioè negli acquisti a titolo singolare, è pur essa una conseguenza di quello stesso punto di vista, in quanto è naturale cercare la prova del silenzio dell'avversario anche al di là del tempo in cui è cominciato il proprio possesso. L'usucapione classica, com'è noto, ammetteva bensì la prosecuzione del possesso di buona fede del defunto nell'erede, in quanto nel possesso di buona fede si subentra come si subentra in tutti i rapporti del defunto, ma non ammetteva punto fuori dei rapporti ereditari che il possessore potesse prender le mosse da un periodo anteriore all'inizio del proprio possesso.

È manifesto ora come questo carattere diverso della *longi temporis praescriptio*, nata come una presunzione di proprietà, abbia influito anche a quel processo di deformazione per cui la *iusta causa* è stata confusa col modo di acquisto della proprietà, e in generale si può dire che l'istituto della *longi temporis praescriptio* ha agito sull'*usucapio* in modo analogo a quello con cui l'istituto del legato ha agito sull'*hereditas* e sul *testamentum*.

In realtà la *longi temporis praescriptio* e l'*usucapio* sono due istituti così ben noti nella struttura e anche fino ad un certo segno nella diversa funzione classica, che l'influenza dell'una sull'altra e il processo della loro fusione avrebbero potuto servire come ottimo paradimma per lo studio naturalistico dei fenomeni giuridici. Invece anche nel caso presente la visione reale delle cose è turbata da un motivo che rappresenta il pregiudizio più ingenuo e più dannoso

nella concezione della storia e del progresso: che lo svolgimento di ciascuna istituzione sia un perfezionamento progressivo dell'istituzione per gli scopi cui essa è *ab origine* destinata, e che pertanto se alcuni elementi e alcune parti che integrano l'istituzione ad un grado elevato di sviluppo fanno difetto nelle origini e nei primi gradini del suo svolgimento, ciò derivi dalla rozzezza dei primi uomini che l'hanno creata, i quali non hanno saputo raggiungere gli stessi fini con egual chiarezza e sapienza dei posteri più illuminati. Formula semplicistica dell'evoluzione progressiva, ma appunto per questo troppo comoda e inoltre troppo radicata, perchè tutti i miei studi possano indurre ad abbandonarla. È per questo motivo che nel caso nostro la sospensione di fronte agli incapaci è parsa un elegante perfezionamento dell'*usucapio*, l'interruzione civile un giusto compimento dell'interruzione naturale per la perdita del possesso, l'*accessio possessionis* alla sua volta un compimento egualmente felice della *successio in possessionem* e così via, senza meditare che se gli elementi dell'*usucapio* erano tutti inerenti alla *possessio* dell'acquirente, gli elementi proprî della *longi temporis praescriptio* si riferivano al tempo, all'inazione, al silenzio dell'altra parte.

Ma il confronto dei due istituti suggerisce anche un'altra considerazione più inerente ai nostri studi, in quanto costituisce una nuova prova di un fenomeno costante nella storia del diritto romano: che gli istituti primari del diritto romano sono originari e irriducibili al diritto greco, gli istituti secondari invece sono veramente ellenici o elleno-orientali.

Questa legge, che di giorno in giorno gli studi storici mettono in maggior luce e sulla quale io ho richiamato l'attenzione (V. *Scritti giuridici varî*, vol. I, n. XI: *Le affinità giuridiche greco-romane*), è precisamente disconosciuta dalla tendenza assai viva nei profani allo studio del diritto romano — siano essi assolutamente profani e puri filologi, siano studiosi di altri diritti, come, ad esempio, il diritto ellenico e il diritto germanico — i quali mirano a riavvi-

cinare le primitive istituzioni romane alle istituzioni germaniche o alle istituzioni greche, dietro il preconcetto della comune origine aria e della comune origine italo-ellenica. Questa tendenza è vivissima in uno studioso, col quale mi è accaduto appunto per questo di venire nel più acuto contrasto, il prof. G. De Sanctis. È istruttivo specialmente in proposito il suo lungo scritto diretto contro di me nel volume di polemiche intitolato: *Per la scienza dell'antichità* a pag. 349-360. Questo scritto è altresì interessante come specchio del modo, col quale gli istituti ed i fenomeni giuridici nella loro essenza e nel loro movimento storico si rappresentano agli occhi di un profano, ed è reso ancor più interessante dal fatto che l'ardore polemico toglie ogni velo e ogni ritenutezza, e quindi gli errori e i pregiudizi sono formulati con impeto schietto, con grande sincerità e con grande ricchezza di colorito. Io mi sono giovato in varî studi, alcuni inseriti nel volume precedente, di questa visione così completa che mi è stata offerta, della valutazione talvolta sorprendente dei fenomeni giuridici, massime del diritto romano, da parte dei profani, valutazione che noi studiosi speciali, immersi nella disciplina, siamo esposti a dimenticare: il che è veramente un male. E non mancherò di estrarre da quello scritto, via via che ne avrò l'agio, nuovi erronei rilievi, che mi valgano nuova messe di osservazioni e di lavoro. Per quel che riguarda il tema nostro l'autore è relativamente prudente. Ecco come egli si esprime a pag. 406: « Che se dopo ciò il Bonfante afferma essere l'usucapione nel diritto attico totalmente ignota, si può osservare che in realtà quella dell'usucapione è una questione assai controversa tra gli ellenisti, e che ad ogni modo molti studiosi ritengono che fosse ben noto tale istituto in Grecia, fondandosi sopra un passo di Isocrate e uno di Platone ». Questa prudenza dell'autore e questa moderazione inusitata nelle espressioni a mio riguardo derivano dal fatto che, per quel che concerne l'usucapione, la stessa sua fonte, il Beauchet, che pure è responsabile di

parecchi traviamenti in quest'ordine di idee, confuta a lungo l'argomento che si è voluto ricavare a sostegno della pretesa usucapione greca dai due testi di Isocrate e di Platone (V. Beauchet, *Histoire du droit privé de la Rép. Athén.*, vol. III, p. 143-150). Lo studio del Partsch dimostra qual è l'istituto che ha veramente radici greche: ma è forse troppo domandare ad un filologo che distingua tra la *longi temporis praescriptio* e l'*usucapio*. In queste condizioni peraltro, data la chiarezza della situazione, è completamente inutile dedicare a questo punto uno studio speciale o un più lungo discorso. L'istituto quiritario dell'*usucapio* è anch'esso di conio prettamente romano.

IX.

Le singole " iustae causae usucapionis „ e il titolo putativo (*).

Sommario.

1. Scopo del presente studio: esame dei singoli titoli e questione del titolo putativo. — 2. *Pro derelicto.* — 3. *Pro soluto.* — 4. *Pro donato.* — 5. *Pro dote.* — 6. *Pro emptore.* — Natura speciale di questa *iusta causa.* — 7. Il titolo putativo *pro emptore.* — 8. *Pro legato.* — 9. Titoli innominati. — Il giuramento e la sentenza non sono nè *iustae causae usucapionis*, nè *iustae causae erroris.* — 10. *Pro suo.* — 11. *Pro herede.* — La pretesa usucapione *pro herede* dell'erede vero. — 12. *Pro herede.* — Origine e caratteri speciali dell'usucapione *pro herede* dell'erede apparente nel diritto giustinianeo. — 13. Conclusione circa la dottrina della *iusta causa* nel diritto giustinianeo.

1. In un altro mio studio (1) intesi dimostrare che la *iusta causa* ha funzione limitativa rispetto all'*usucapio* o acquisto mediante il possesso, al fine di rendere questo istituto in armonia con un principio più generale del diritto, e che la stessa consiste in un rapporto coll'antico possessore, atto a significare l'assenza di lesione altrui nella presa di possesso. Intesi pure dimostrare che la *bona fides* non ha funzione diversa, ma dovrebbe soltanto esprimere in modo più completo e sicuro l'assenza intrinseca d'ogni

(*) Dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XVII, 1894, pag. 126-199; 373-405 con postille e aggiunte. Le aggiunte non formali sono tra parentesi quadre: non così le modificazioni anche profonde dell'antico testo per mero scopo di dilucidazione.

(1) *La « iusta causa » dell'usucapione e il suo rapporto colla « bona fides »*, nella *Rivista it. per le scienze giur.*, vol. XV, 1893, fasc. III-IV, pag. 161-195; 321-362 [È lo scritto precedente in questa collezione].

intenzione diretta a ledere altrui, desumendo tale stato di animo del possessore da tutto il comportamento suo. Questa nuova forma di uno stesso concetto, applicata in origine esclusivamente a integrar la *iusta causa* in ordine al diritto del proprio autore, tende via via ad esaurirla e soppiantarla in altri momenti. Nell'ultima fase di questa evoluzione la *iusta causa usucapionis* è in sostanza svanita, cedendo il posto ad una *causa* o *iusta causa erroris*, base e argomento della buona fede. A questa conclusione pervenne una parte de' giureconsulti romani, ma l'ultimo periodo della storia del diritto romano ci presenta una schietta reazione a tale estremo, determinata da cause diverse.

Oggetto del presente studio è da un lato l'esame delle singole *iustae causae*, tanto per ragionar la natura specifica di ciascuna, quanto per conseguire dall'analisi delle varie manifestazioni della *iusta causa* una riprova palpabile del suo concetto generale; dall'altro lato l'indagine del così detto titolo putativo nel nuovo diritto, ossia del posto che esso v'ha e dell'alterazione che reca nel concetto genuino della *iusta causa* e nel suo rapporto con la buona fede.

L'ordine ch'io seguo è dalle più semplici *iustae causae* a quelle che via via presentano maggiori singolarità.

2. La più semplice *iusta causa* dell'usucapione e insieme la più evidente riprova della giustezza del mio concetto generale è il titolo *pro derelicto*. La derelizione ci presenta schietta e distinta la figura della *iusta causa*, valga per l'acquisto immediato del dominio o per l'usucapione. Il momento significante ch'è esclusa ogni lesione altrui è qui nel modo più netto separato dal momento positivo, l'affermazione del proprio diritto e l'acquisto vero, quasi opposto ad esso; nè perciò quel momento negativo assume il carattere di un negozio obbligatorio, che rispetto all'acquisto reale potrebbe tutt'al più costituire una causa remota. La cosa derelitta può esser riguardata come una cosa vacua, per così dire, d'altrui dominio in modo assoluto, *erga omnes*;

chiunque pertanto può affermar su di essa il proprio diritto, senza ledere altrui.

Ammettendo che l'occupazione di una *res derelicta* ne conferisse indistintamente il dominio, se il derelinquente n'era proprietario, è chiaro che la derelizione allora soltanto funge da *iusta causa* dell'usucapione, quando il derelinquente è un *non dominus*, ossia la *res derelicta* è una *res aliena*. In questo caso, data la buona fede di chi occupa, ossia dato che egli creda la cosa derelitta dal proprietario, si fa luogo all'usucapione *pro derelicto*.

Nella teoria dominante questo titolo dà il più grande imbarazzo. Il titolo dovrebb'esser *pro occupato*, si dice, e se i Romani non usano chiamarlo così, gli è solo per tener distinto il titolo dell'usucapione dall'occupazione di *res nullius* (1). Io non so veramente capire come potrebbe nascere una simile confusione e come se n'abbia paura soltanto in questo titolo: ma lasciando pur questo, come mai non si pon mente che anche negli altri titoli *pro donato*, *pro dote*, ecc., non è mai sul modo e sull'acquisto che si insiste, ma su di un momento necessario all'acquisto? come non si scorge che il momento che è *iusta causa* dell'usucapione forse in un sol caso o al più in due (per un equivoco regnante che a suo luogo dovremo dissipare) potrebbe conferire la proprietà immediatamente, cioè nel legato e nell'eredità?

Da una confusione analoga nasce l'idea che il titolo *pro derelicto* sia un titolo putativo, perchè solo il proprietario può veramente derelinquere (2). A questa stregua non v'ha nell'usucapione se non titoli putativi.

I testi relativi a questo titolo nelle nostre fonti vogliono tutti una reale *derelictio*. Paolo enuncia puramente e semplicemente il principio che possiamo usucapire: « id quod

(1) Cfr., per es., MAYER, *Die i. c. bei Trad. u. Usuk.*, Erl. 1871; pag. 153.

(2) Così, ad es., STINTZING, *Bona fides*, pag. 95 [Questa strana tesi è stata sostenuta anche dal Berger. V. sopra, pag. 346-347, n. 2].

pro derelicto habitum est et haberi putamus » (1). Lo stesso Giuliano nega in modo assoluto (*Nemo potest*) che la *falsa existimatio*, cioè la buona fede, possa mai sostituire la reale derelizione (2), e in un altro passo ribadisce il principio coll'esempio delle cose gittate in un naufragio (3). Così la pensava puranco il suo maestro Giavoleno, recando sempre lo stesso esempio di cose perdute in mare o gittate per alleggerire il carico (4).

In breve: quanto al titolo putativo, Giavoleno, Giuliano e Paolo sono d'accordo a negarlo; e di testi in contrario non n'abbiamo.

La principale applicazione di questo titolo nel diritto classico doveva essere non tanto la derelizione operata *a non domino*, quanto la derelizione di *res mancipi* operata *a domino*: come anche nel diritto giustinianeo un regime analogo impera per le cose immobili (5).

3. Il metodo che ci siamo imposti di seguire obbliga ora a trattare del titolo *pro soluto*, la cui conoscenza è il presupposto necessario per intendere adeguatamente i titoli che seguiranno. Questa *iusta causa* ha un titolo proprio delle Pandette ad essa dedicato solo nel testo della Vulgata. La *solutio* o pagamento si definisce come il soddisfacimento naturale della obbligazione e lo scioglimento del vincolo obbligatorio mediante la esatta prestazione dell'obbietto dovuto. Essa però interessa dal nostro punto di vista solo quando l'obbietto dell'obbligazione è un *dare*, poichè allora il soddisfacimento della obbligazione richiede l'alienazione di un diritto sulla cosa a favore del creditore e costituisce quindi per il creditore la giustificazione debita dell'acquisto: in altri termini n'è la *iusta causa*.

---

(1) L. 4, D. *pro der.*, 41, 7.
(2) L. 6, D. *h. t.*
(3) L. 7, D. *h. t.*
(4) L. 21, §§ 1-2, D. *de a. vel a. poss.*, 41, 2.
(5) [V. sopra, pag. 327 e segg.; pag. 359 e segg.].

La dipendenza dal rapporto obbligatorio, il quale, si può dire, colorisce e determina diverse specie di soluzione, esercita sino ad un certo segno un'influenza più essenziale sul valore della *solutio*. Se il rapporto obbligatorio non è riconosciuto dalla legge, se è, in una parola, *iniustus*, la *solutio* è atto nullo anch'essa, non è *iusta causa*; e quindi, anche se il debitore dia cosa propria e tutto avvenga nei modi legali, la proprietà non passa (1). Il pagamento in base ad un mutuo al quale osta il senatoconsulto Macedoniano, il pagamento eseguito dalla donna per una intercessione contro i termini del Velleiano non è soluzione atta a giustificare il passaggio della proprietà, e se tal passaggio non è avvenuto per effetto della *consumptio*, si può intentare per le monete stesse la *rei vindicatio* (2). Lo stesso vale senza dubbio per il soddisfacimento di una promessa di donare tra coniugi.

Ma dato che la causa remota non sia proibita dalla legge e non conferisca quindi allo stesso pagamento il carattere di un atto illegale, l'esistenza di fatto o l'inesistenza della medesima non importa punto al passaggio della proprietà. La causa reale è totalmente indipendente sotto questo punto di vista dalla causa obbligatoria. D'altra parte la legge, per riconoscere la validità immediata di un qualunque acquisto giuridico, non riguarda mai se la giustificazione assoluta di esso, la piena sicurezza che altri non è leso, debba per avventura risultare da tutta una serie di cause l'una all'altra dipendenti. Così nel campo dei diritti reali, come in quello delle obbligazioni, essa fa sosta al rapporto più prossimo e diretto. A ciò induce, tra le altre cagioni, il bisogno di

(1) Circa le *res mancipi* tuttavia si può supporre che il dominio effettivamente passi (salvo sempre il diritto alla *condictio*), a causa del valore formale della *mancipatio;* valore che io sono inclinato a riconoscere.

(2) Arg., L. 26, § 9, D. *de cond. ind.*, 12, 6. S'intende che resta fuor del discorso la *obligatio naturalis* del *filius familias*, la quale esclude la *condictio* [o quella qualunque altra causa, che esclude la *condictio*].

certezza del commercio giuridico, che trae talvolta a fissare l'uso di forme astratte, di fronte alle quali la causa reale sparisce affatto, o vien trattata come causa remota. Contro ogni possibile iniquità s' hanno rimedî adeguati nelle *condictiones* o in altre azioni speciali e nelle *exceptiones*.

Questo concetto non dà luogo nemmeno a discussione in quanto alla *traditio*, perchè ivi l' applicazione di esso procede quasi istintivamente. Qualunque rapporto è di regola atto a giustificare la volontà di trasmettere il dominio, e pertanto gli è solo a questa volontà, che si ha l'occhio, e la causa resta quasi nell'ombra. La intuizione immediata e la considerazione pratica della volontà di alienare da parte di chi è vero proprietario risparmiano la ricerca più sottile della causa (1).

Tale ricerca invece si deve fare in quanto all' usucapione e qui l'essere il pagamento collegato con un rapporto obbligatorio può rendere la determinazione alquanto delicata e far sorgere qualche dubbio.

Il principio che la *causa solvendi* è *iusta causa* d' usucapione, quando, al solito, il passaggio immediato del dominio non avvenga, per essersi data una *res aliena*, o una *res mancipi* senza far uso delle debite forme, noi lo troviamo riconosciuto apertamente da Giuliano in un caso, in cui anzi qualche momento di fatto poteva far nascere il dubbio.

L. 33, § 3, D. *de us. et us.*, 41, 3: « ...is a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione,

(1) Una celebrità esagerata e procedente appunto dalla concezione imperfetta della *iusta causa traditionis* ha la divergenza tra GIULIANO, L. 36, D. *de a. r. d.*, 41, 1, e ULPIANO, L. 18, D. *de reb. cred.*, 12, 1. Essa concerne propriamente non l'essenza della *iusta causa traditionis*, bensì la scienza e il consenso del tradente e dell'accipiente sulla stessa causa: il che è ben diverso. Ulpiano vuole che questo consenso vi sia; per Giuliano basta che vi sia la causa obbiettiva e l'accordo delle parti circa l'oggetto e, s'intende, circa il passaggio del dominio. A richiedere la causa remota tanto pensa Ulpiano, quanto Giuliano pensa a prescindere dall'esistenza della causa, come pure si volle sostenere.

si solvendi causa id fecerit, usucapionis causam iustam habebo ».

Nondimeno la designazione del possesso *pro soluto* non era forse ancora penetrata nell'uso. Noi non la troveremo se non in Paolo ed Ermogeniano. Al tempo di Giuliano questa causa non doveva essersi per anco pienamente svolta dalla *traditio*, e in difetto di un termine specifico, tale possesso *ex iusta causa* doveva essere indicato col termine generico *pro suo* (1).

Notiamo poi di volo che, nel pensiero originario di Giuliano, l'usucapione occorreva qui, perchè il fondo — certamente italico, se si parla d'usucapione — non è trasmesso ne' modi debiti, ma solo cedutone il possesso. Che l'immobile fosse nel caso una *res aliena* non v'ha indizio, ed è del tutto erronea, anche per motivi meramente estrinseci, la congettura che nel testo originario si leggesse « *in iure* cedere *possessionem* » anzichè « cedere *possessione* » (2).

Ma nel tema della *solutio* occorre considerare un testo alquanto singolare di Pomponio, la L. 3, *pro suo*.

Pomp., *l. XXII ad Sabinum*: « Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere (deberi *scr.*), usu eum non capiam: quod si nescio, verius est ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum ut id quod mihi traditum est *pro meo* possideam. Et ita Neratius scripsit idque verum puto ».

Il modo di esprimersi del giureconsulto (traditio ex causa, quam *veram esse existimo*), il richiamo a Nerazio, l'essere

(1) [È genuino l'inciso che allude alla *solvendi causa* nel testo di Giuliano? Se ne può dubitare. Anche in questa forma non stilizzata per l'usucapione esso è un *unicum* insino a Paolo. Di fronte allo stesso Ulpiano, nel commento alla Publiciana, per la *solvendi causa* è pur sempre Paolo che torna a integrare l'esposizione delle *iustae causae*: cfr. L. 3, § 1, L. 4, D. *de Publ.*, 6, 2].

(2) *Cedere possessione* è abbastanza frequente nei giureconsulti e s'incontra anche nei classici. Cfr. Cic., *Mil.*, 27 in fine: « Utrique mortem est minitatus, nisi hortorum *possessione cessisset* ».

lo stesso Pomponio inchinevole a dare maggior peso alla buona fede che non alla *iusta causa*, tutto par condurre alla opinione che l'Autore intenda nel caso di riconoscere l'usucapione in base ad un titolo putativo. S'aggiunga quella così malintesa designazione *pro suo*.

E molti scrittori vanno anche più in là; essi riguardano la *solutio* come un titolo necessariamente putativo (1). Ma ciò non è possibile, perchè la realtà della causa remota non si può richiedere per l'usucapione più di quel che occorra alla tradizione, e se si vuol dire che nell'ipotesi fatta da Pomponio manchi la *i. c. usucapionis*, mancherà pure la *i. c. traditionis;* il che è assurdo, perchè quanto è certo che la *traditio* esige la *i. c.* per il trapasso della proprietà, che il modo d'acquisto è propriamente la *traditio ex i. c.*, altrettanto è certo che in una ipotesi come la presente la proprietà passa e il presunto debitore non può tentare di riaver la cosa se non mediante la *condictio indebiti* (2). D'altra parte Paolo, avversario deciso del titolo putativo, ammette il titolo *pro soluto*.

Quanto a me, non mi sembra che il frammento, ben ponderato, abbia un significato molto grave. Si vede che una certa esitazione nella mente del giureconsulto sul carattere vero o putativo di questa *iusta causa* c'è; e deriva senza dubbio dalla natura della *solutio*, colorita e quasi

---

(1) Così opinano, ad es., Böcking, *Pand.*, § 146, pag. 94, n. 37; Schirmer, *Z. für C. R. u. Pr.*, N. F., 16, pag. 49; Fitting, *Archiv*, vol. LII, pag. 6-9 [Anche Alibrandi, *Possesso*, pag. 118; *Opp.* 308].

(2) [La distinzione tra scienza e ignoranza del presunto creditore è nelle nostre fonti il motivo di una discussione tipica, nella quale si conclude sempre con negare nell'un caso, con ammettere nell'altro il trapasso della proprietà (Cfr. L. 18, D. *de cond. furt.*, 13, 1; L. 43 pr., *de furt.*, 47, 2, ecc.). Vi è stato persino chi ha sostenuto il passaggio della proprietà anche nel caso di scienza del creditore (Francke, Perozzi, Ferrini). Noi siamo coll'opinione dominante, ribadita vigorosamente dal Vangerow e dallo Scialoja; ma nel caso d'ignoranza, che è il nostro, non vi ha il menomo dubbio per alcuno. E la discussione di Pomponio (citato pure nella L. 18) è anch'essa in tema di *condictio*, non già di *usucapio* (Cfr. Lenel, *Paling.*, Pomp., pag. 696)].

soppressa dalla causa remota, e dal non essersi forse ancora svolta e fissata nella mente, mercè la designazione specifica *pro soluto*, quale *iusta causa* dell' usucapione. Ma d'altra parte, appunto per essere la discussione sopra un altro campo e per essere inoltre Pomponio più rigoroso ed esigente circa la buona fede che non circa il titolo, non doveagli interessare molto di definir nettamente se il titolo fosse vero o putativo.

Quanto al dire che la *traditio* in questa condizione dei rapporti mi fa possedere *pro meo* non significa punto la confessione del titolo putativo. Il termine *pro soluto* gli fa difetto, e quindi adopera egli il termine generico *pro suo* (§ 10). C'è anzi nelle parole di Pomponio il sentore di questa logica posizione: dato che l'acquisto immediato sarebbe stato valido ed efficace, ove tutto fosse proceduto regolarmente, restando pur la condizione della causa qual'è, come si può negare l'usucapione? Ciò tanto più sembra, ove si consideri che la questione era viva e agitata dallo stesso Pomponio fuori d'ogni rapporto coll'usucapione e il motivo per cui fa d'uopo l'usucapione, non doveva già consistere nell'esser la cosa proprietà d'altri e non del debitore, bensì nella circostanza che colla tradizione, sia pur fatta *a domino*, non si era trasmesso null'altro che il mero possesso, trattandosi d'una *res mancipi*. Nè io sarei alieno dal credere che appunto per non essere la tradizione considerata qui come modo d'acquisto del dominio nel pensiero del giureconsulto (del resto in generale il carattere di modo d'acquisto nella tradizione è pel diritto classico secondario), l'*ipsa traditio* sia parsa designazione sufficiente del negozio che contiene la *i. c.* prossima richiesta. E invero con tutta l'incriminata frase *traditio ex causa quam veram esse existimo*, la specie di Pomponio nè per la forma, nè per la sostanza presenta alcun che di peregrino, nemmeno in tema di usucapione. Paolo si esprime quasi negli stessi termini: « si *existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio* (*pro soluto*, come dice poi) *sequitur, si et tu putes debitum esse* » (L. 48, D., *pro sol.*);

« tibi *ignoranti tradam* » (L. 2 pr., D. *pro empt.*). E quanto alla sostanza, ripeto, o in tema d'acquisto immediato, o in tema d'usucapione è questa forse la specie più documentata delle Pandette (1).

Che poi *verius est* alluda, come si potrebbe arguire, ad una opposizione con l'idea di qualche fautore del titolo vero, cui la *solutio* non pareva sufficiente, io non lo darei punto per sicuro; potrebbe anch'essere semplicemente una opposizione alla prima specie fatta in questo stesso frammento, nella quale l'usucapione non è concessa per la scienza del presunto creditore, che infirma la *solutio* e che, secondo l'attestazione dei giureconsulti, ben più che annichilire la causa, fa responsabile di furto l'accipiente.

Come abbiamo detto, la designazione *pro soluto* si trova per la prima volta in Paolo, L. 48 in fine, D. *de us.*, 41, 3; testo nel quale il giureconsulto principalmente s'occupa dell'eccezione costituita dalla compra-vendita, ove non basta guardare al momento della *solutio*, e non s'ammette l'usucapione *pro soluto* « sicut in ceteris contractibus ».

Forse appunto dall'esser tornato ad un rigore più fermo in ordine alla *iusta causa*, Paolo fu indotto a determinare alcune cause meglio che non fosse stato fatto sino allora e a concepirle nettamente come titoli veri d'usucapione. Alcunchè di simile, anzi di più audace, egli ha fatto circa i parti delle ancelle; per salvarne l'usucapione, anche quando titolo non s'avrebbe per la madre, egli ha riconosciuto in quel caso un titolo nuovo (*pro suo*), mentre Giuliano ed Ulpiano vi estendono il titolo della madre.

Ad ogni modo l'usucapione in base al pagamento ritorna ad essere enunciata da Paolo con tutta naturalezza in più testi: L. 2 pr., D. *pro empt.*, 41, 4 (dello stesso tenore del citato

---

(1) [Il PERNICE, *Labeo*, II, 1, 1875, pag. 401-402, e il COLLINET, *Nouv. Rev. hist*, vol. XXIV, 1900, pag. 376, reputano il testo di Pomponio interpolato nelle parole *quia ipsa — possideam*: il che è possibile, ma non necessario a supporre, nè per la questione del titolo *pro suo* (v. in seguito n. 10), nè per quella del titolo *pro soluto*].

frammento); L. 15, § 3, D. *de us.*, 41, 3. Egli pone ancora la *solvendi causa* tra le *iustae causae* dell'azione Publiciana nella L. 4, D. *de publ.*, 6, 2, ed accenna infine all'usucapione in base a una *datio in solutum* nella L. 4, § 17, D. *de us.*, 41, 3 (1) e nella L. 60, D. *de sol. et lib.*, 46, 3, la quale è estratta dai libri *ad Plautium*.

L'enunciazione generale e la determinazione più perfetta del titolo *pro soluto* si ha finalmente in Ermogeniano, *l. V iuris epitom.*, L. 46, *de us.*, 41, 3: « Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest ». L'ultimo inciso si deve riferire alla *datio in solutum*: ma del resto non v'ha difficoltà veruna anche se si voglia intendere, con qualche scrittore, come allusivo alla decisione consueta e trita, alla stessa decisione di Pomponio, cioè che anche il pagamento di una obbligazione inesistente è titolo reale.

Riassumendo: la *solutio* o *causa solvendi* è *iusta causa* di acquisto così per la tradizione come per l'usucapione. L'obbligazione precedente non dev'esser ingiusta, ma l'esistenza reale di essa non importa. Può essere che vi siano state delle controversie tra giureconsulti sul valore di questa *iusta causa* d'usucapione, ma non n'abbiamo tracce sicure, ed è anche possibile che la giurisprudenza non abbia fatto circa questo titolo se non lavorare a determinarlo nettamente e definirlo. Non risulta però d'altra parte che nemmeno i fautori del titolo putativo l'abbiano oltrepassato mai, ammettendo per esempio come *iusta causa* dell'usucapione il pagamento eseguito da persona incapace o un pagamento del tutto immaginario.

Postilla. — V. circa il titolo *pro soluto* le ulteriori considerazioni al n. 6 (titolo *pro emptore*) specialmente alla postilla I, pag. 595-597.

(1) L'inciso *Idemque-donasset* mi par nondimeno un glossema.

4. Vengo ora alla donazione o titolo *pro donato*.

La donazione, considerata come causa, si può definire la rinuncia assoluta e perpetua a un diritto patrimoniale a favore di una persona determinata, senza alcun corrispettivo patrimoniale. La donazione esaurisce quasi la categoria delle cause gratuite, nelle quali vanno ricomprese anche le rinuncie, parimenti senza corrispettivo, a favor d'altri, ma solo temporanee.

L'assenza di corrispettivo o gratuità fa che nella donazione la causa si concreta tutta nell'*animus donandi*, ossia nella volontà di abbandonare a favor di alcuno il diritto, senza esiger nulla in cambio. In altri termini la *causa donandi* non la si può desumere da un rapporto concreto e visibile, stabilito tra le parti, ma esclusivamente dall'*animus donandi*.

La donazione è causa generica e può esser tanto obbligatoria (obbligazione o promessa di donare) quanto reale. Quella che interessa al presente oggetto è la donazione reale; quando s'abbia una donazione obbligatoria, allora giustificazione o causa dell'acquisto reale, sia mediante la tradizione, sia mediante l'usucapione, è la *solutio*, nè alla esistenza o meno di una promessa di donare s'ha punto riguardo [V. però n. 6 (titolo *pro emptore*), postilla I].

La dichiarazione che si esige il titolo vero è fatta da Paolo nella L. 1, *h. t.*: « *nec sufficit opinari*, sed et donatum esse oportet » (1) e il giureconsulto prosegue al § 1, recandone come esempio la donazione fatta dal padre al figlio *in potestate*: « Si pater filio quem in potestate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, *quoniam nulla donatio fuit* ». Veramente l'esempio è di tal natura che può convenire con Paolo anche un fautore del titolo putativo. Il figlio non potrebbe credere alla validità della donazione, senza incorrere in un gravissimo error di diritto: e i fautori del titolo putativo concedono bensì che la buona

(1) Cfr. anche Diocl., L. 3, Cod. *de us. pro don.*, 7, 27.

fede e l'errore possano in tutto e per tutto sostituire la *iusta causa usucapionis*, ma non già l'errore di diritto o l'errore inescusabile (1). Perciò non deve far meraviglia che in un simil caso si trovi a rifiutar l'usucapione anche un giureconsulto come Pomponio, che tutto porta a credere fautore del titolo putativo. La figlia che ha ricevuto una donazione dal padre ed è stata diseredata, usucapisce solo dal momento della *ratihabitio* fatta dall'erede (2).

Decorre invece l'usucapione, qualora nell'atto dell'emancipazione o della manomissione il *paterfamilias* non abbia ritolto il peculio al figlio o allo schiavo. In sostanza è questa una vera donazione, perchè se lo schiavo o il figlio di famiglia avevano per lo innanzi il dominio di fatto del peculio (3), giuridicamente non l'avevano: la singolarità consiste solo in quella specie di *traditio brevi manu* e in una ragionevole presunzione dell'*animus donandi*. Tuttavia l'importante è che qui v'ha una *iusta causa possidendi* riconoscibile e innegabile, poichè la volontà del padre è effettivamente di rinunciare al peculio a favor del figlio o dello schiavo, nè alcuna legge dispone specialmente che in questo caso la volontà del padre non debba valere.

Perciò Papiniano, senza curarsi tanto di rilevare se il rapporto costituisca una donazione, ora dice che lo schiavo possiede « *ex iusta causa* », ora che il figlio emancipato usucapisce « pro donato *vel pro suo* » (4).

Conviene però che effettivamente la volontà di rinunciare al peculio a favor del figlio o dello schiavo vi sia;

(1) Il principio della scusabilità è applicato all'usucapione solo in testi o autori che ammettono il titolo putativo. V. in proposito Bonfante, *Essenza della « bona fides » e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, vol. VI, 1893, pag. 85 e seguenti [V. in seguito].

(2) Pomp., L. 4, *h. t.* Cfr. anche Iul., L. 2, § 2, D. *pro her.*, 41, 5; Pap., *Fr. Vat.*, 294 (si richiama l'opinione di Servio Sulpicio in proposito): 296.

(3) Nel costume sociale o ne' *mores*. V. in proposito Trincheri, *Studi sulla condizione degli schiavi in Roma*, Roma 1888, cap. 2.

(4) Pap., *Fr. Vat.*, 260, 261.

laonde gli schiavi liberati per testamento perdono il peculio, se loro non è stato legato: « neque enim tacita liberalitas defuncti permittentis retinere peculium *potuit intellegi* » (1).

A primo aspetto non dovrebb' essere mai *iusta causa* per l'usucapione la *donatio inter virum et uxorem*, come non è mai *iusta causa* per la tradizione. E in tesi generale ciò è affermato per vero da Paolo: « Si inter virum et uxorem donatio facta sit cessat usucapio ». Che cosa avviene, ove segua il divorzio? Rispondeva Cassio: Nemmeno in seguito al divorzio può decorrer l'usucapione, perchè la donna non può mutar la causa del proprio possesso, e continua quindi a possedere per una *causa iniusta*: non è così però — soggiungeva lo stesso giureconsulto — qualora, seguìto il divorzio, il marito conceda alla donna di ritener la cosa, perchè in tal caso « nunc donasse intelligitur » (2). Il ragionamento, come si vede, è semplice assai, e la specie perfettamente analoga alla donazione fatta dal *paterfamilias* al suo *filiusfamilias* e confermata dall'erede.

Ma lo spirito fine dell'*aequitas*, che induceva i giureconsulti romani a ridurre, mercè un'ampia libertà d'interpretazione, ne' limiti più prossimi alla *ratio* della legge le norme e gli istituti non confondentisi colla *ratio* istessa, un tale spirito non mancò di esplicarsi in codesto istituto del divieto della donazione tra marito e moglie. La *ratio* di questo divieto fatto ai coniugi è, per dirla con Ulpiano, « ne mutuo amore invicem spoliarentur » (3), ovvero meglio, coll' imperatore Caracalla, « ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret » (4). Ora, nel nostro caso, ciò trasse i giureconsulti romani ad ammettere l'usucapione, qualora per l'alienazione il coniuge donante non fosse diventato più povero.

---

(1) *Fr. Vat.*, 261.
(2) L. 1, § 2, *h. t.*
(3) L. 1, D. *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1.
(4) L. 3 pr., D. *ibid.* Cfr. anche L. 5, §§ 8-13; 17, L. 7, § 1, *ibid.*

Così decideva già Trebazio, la opinione del quale vien riportata e accolta da Pomponio.

L. 3, D. *pro don.*, Pomp., l. XXIV, ad Q. Mucium: « Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat, *si pauperior is qui donasset non fieret*, usucapionem possidenti procedere ».

Deroga e motivo che si ripresentano anco in un frammento di Terenzio Clemente. « Nam (dice questi) ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis causa donatio (non *ins. Cuiac.*) interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae quia aliena est, usucapi potest » (1).

Soltanto allora l'usucapione rimane esclusa, quando il marito doni cosa da lui stesso posseduta *ad usucapionem*. Il Fitting (2) lo nega, ma se anche si voglia concedere che la forma della decisione di Pomponio: « *si* aliena res.... *si* pauperior.... » non rappresenti una duplice condizione e la seconda parte non sia che la sentenza di Trebazio, resta pur sempre l'inoppugnabile argomento recato da Savigny che la *possessio ad usucapionem* è un diritto (3).

Ma può accadere che l'uno dei coniugi venga bensì a impoverire e l'altro ad arricchire della perdita fatta dal primo, non però in forza di donazione fatta dall'uno all'altro.

---

(1) L. 25, D. *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1.

(2) *Arch. für civ. Pr.*, 52, pag. 15, n. 110.

(3) Non perciò avviene che sia eccessivamente ristretto, come pare al Fitting, il campo di questa usucapione, nè si limita ai soli beni immobili, di cui non si commette furto. Qualunque cosa mobile e immobile il marito può possederla e alienarla in perfetta buona fede, senza però che egli avesse modo di usucapirla o per difetto di *iusta causa usucapionis*, pei sostenitori del titolo vero, o per difetto di *iusta causa erroris* pei fautori del titolo putativo.

Quanto alla questione che si fa in proposito circa la *bona fides* non mi pare che abbia molta ragion di essere: poichè, a ogni modo, l'intenzione di ledere il marito non c'è, dal momento che si possiede col suo consenso, e la lesione effettiva che si commette rispetto al terzo s'ignora.

Anche allora non è il caso di applicare il divieto (dato, s'intende, che tutto proceda in buona fede, nè il terzo intervenga per funger da interposta persona): nè anzi in questo caso il giureconsulto romano interpreta con libertà da legislatore; un moderno giureconsulto non potrebbe decidere altrimenti, poichè la causa del possesso non è la *donatio iniusta*, e l'arricchimento dell'uno a danno dell'altro non è diverso da quello che accade in qualunque usucapione: « Non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt » (1).

Il frammento che decide in proposito è la L. 44, D. *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1, di Nerazio: « Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam rem suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet ».

Se non che Nerazio ammette l'usucapione anche se chi dona la cosa del marito è un *filiusfamilias*: « Idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patrem familias esse, uxori donaverit » (2).

Ma che cosa avviene allorquando, prima che l'usucapione si compia, il marito o la moglie vengono a conoscere il vero stato delle cose, e più ancora se la moglie viene a cognizione della scienza del marito? Risponde Nerazio, continuando lo stesso frammento: « Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit

---

(1) Rispetto alla collocazione di questo motivo v. nota 1 alla pagina seguente.

(2) Che il figlio in podestà del marito si debba credere *paterfamilias* non è rilevato da Nerazio, perchè ciò conferisca una maggior realtà al titolo posto in essere da questo incapace, ma perchè le donazioni di persone che sanno d'esser legate all'un de' coniugi da rapporto di patria potestà ricadono nel divieto.

Più grave è, sotto questo riguardo, che si esiga nell'ipotesi precedente l'ignoranza dell'estraneo che dona, e per giunta anco l'ignoranza del marito che non dona. Probabilmente è questa una prudente limitazione per non favorire gli accordi e le frodi, o escludere in qualunque modo il vizio di furtività.

nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, *quia transiit in causam ab eo factae donationis.* Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum: *non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae* adquirere prohibitae sunt ».

In altri termini: la sopravvegnente scienza del marito che la cosa deriva dal suo patrimonio o anche la scienza della moglie stessa non interrompono il possesso e l'usucapione. Non la scienza del marito, perchè non può accadere che per essa muti, senza saputa e consenso del terzo donante e della donna, la causa per cui la donna già possedeva; non la scienza della moglie, perchè questa non fa che annientare la buona fede di lei, nè al decorso dell'usucapione si domanda una buona fede perpetua (1). Ma se entrambi vengono a cognizione dello stato e delle cose e *la donna è consapevole della scienza del marito e del suo proposito di rinunciare alla proprietà della cosa a beneficio di lei*, trascu-

(1) Mi pare che il motivo addotto a questo proposito nel frammento (*non enim omnimodo, etc.*) sarebbe meglio a suo posto prima di questa discussione sulla scienza del marito o della moglie, per es. dopo le parole *mulier recte eam usucapiet* ovvero *quia transiit in causam, etc.* Basta infatti una lieve riflessione per fare accorti che esso conviene assai meglio come giustificazione generale di questa singolare usucapione dei beni del marito, quando la donazione non sia fatta dal marito stesso, che non come giustificazione speciale per il caso di sopravvegnente scienza della moglie [Il RICCOBONO, *Sul fr.* 4, *D. pro suo*, in *Studi senesi per L. Moriani*, 1905, vol. I, pag. 394, n. 1, pag. 12 dell'estr., giudica troppo sottili queste considerazioni. Non mi pare che sien tali. Stimo invece assai malagevole, malgrado lo sforzo ingegnoso e la convinzione del R., motivare con quel ragionamento l'enunciato *ipsius mulieris scientia, etc.*, dove, qualunque cosa si dica, non si ha opposizione tra donazione *maritale* e acquisto diverso o donazione altrui. Per una critica più radicale vedi appresso in questa nota].

Le controversie circa l'interpretazione del frammento di Nerazio si sono sempre agitate sulla base di proposte varie d'interpunzione. La Glossa e gli antichi facevano tutto un contesto delle parole « quia transiit in causam ab eo factae donationis ipsius mulieris scientia », collocando due punti o anche il punto dopo *scientia;* Pothier vi collocava un

randone la rivendicazione, allora la scienza e il consenso delle due parti mutano la causa del possesso e la convertono in una *iniusta causa*; sulla base della quale non si può usucapire, come non si può acquistare immediatamente (1).

Fatta astrazione poi dalla natura speciale dell'usucapione, di cui nel frammento è discorso, si noti che nella seconda ipotesi (donazione fatta da un *filiusfamilias*) il giureconsulto ci presenta, se non un titolo assolutamente immaginario, almeno un titolo intrinsecamente viziato.

5. Una *iusta causa*, che presenta nella sua struttura generale analogie visibili colla donazione e per conseguenza, conforme al mio sistema e al mio scopo, può esser trattata acconciamente in seguito a questa, è la dote.

Come la donazione, essa è una causa generica, cioè, intendo, il negozio, ond'è causa, può costituire tanto una obbligazione o promessa di dotare quanto un trasferimento

---

punto interrogativo. La retta interpunzione, accettata dal Mommsen, è quella stabilita dal Savigny in un articolo sulla L. 44, *de don. int. vir. et ux.* (nella *Z. für gesch. R. W.*, vol. I, pag. 270-280).

V. anche, su questo frammento, Savigny, *System*, vol. IV, App. IX, pag. 570-582 (trad. Scialoja, pag. 648-659). [Io sospetto ora che la frase *ipsius mulieris — adferat impedimentum*, la quale rompe il contesto, sia per lo meno alterata dai compilatori. V. anche quanto scrive il Zanzucchi, *La successio* e *l'accessio, etc.*, in *Arch. giur.*, vol. LXXII, 1904, pag. 262 e segg., ove al n. 55 l'autore ritiene precisamente interpolate le frasi *et hoc — noverit; ipsius — impedimentum*, respinge altre interpolazioni sostenute dal Di Marzo e pone il testo in armonia con la tesi che nella *usuc. pro donato* la *mala fides superveniens* nocesse. L'interpolazione *et hoc — noverit* è ammessa anche da P. Krüger, D. *h. l.*].

(1) [Dubito ora della logica di questo testo. Se si nota espressamente che la scienza della donna non reca alcun impedimento, ciò vuol dire che la scienza del marito ne reca, e allora per lo meno l'inciso *et hoc et mulier noverit*, che esclude l'efficacia della *sola* scienza del marito, è un incastro dei compilatori e, secondo Nerazio, per la conversione della donazione dell'estraneo in una donazione maritale bastava la scienza e l'acquiescenza del marito; ma io inclino a credere pur sempre che il guasto sia nella *scientia mulieris*].

di diritti sulle cose. E come nella donazione, ciò che interessa al nostro oggetto è la dote come causa reale: perchè, quando s'abbia una precedente promessa di dotare, *promissio* o *dictio dotis* nel diritto classico, *pactum dotale* nel diritto nuovo, allora giustificazione o causa dell'acquisto del dominio, sia immediato, sia per usucapione, parrebbe dover essere la *solutio* [V. però n. 7 (titolo *pro emptore*), postilla I].

Diverge però la dote dalla donazione in un requisito essenziale: essa non è causa gratuita. Nondimeno il corrispettivo della dote ha un carattere così artificioso e quasi spirituale che, mancassero pure altri argomenti, basterebbe questo solo indizio a far presumere che la dote nella origine sua non fosse se non una speciale donazione.

Se non che tale corrispettivo — sostenere i pesi del matrimonio — è un momento essenziale per comprendere l'efficacia della causa dotale. Non è desso una controprestazione antecedente o attuale che si esaurisca in un momento, ma una prestazione perpetua, che accompagna tutta l'esistenza de' diritti e ne affetta la natura. I diritti giustificati dalla *causa dotis* non esistono, se non in quanto anche esistano i pesi corrispondenti: il che vuol dire che non esistono, se non in quanto anche esista un matrimonio. È impossibile per conseguenza che la dote abbia alcuna efficacia, sia come causa d'acquisto immediato, sia come *iusta causa* dell'usucapione, quando matrimonio non vi sia. Si richiede adunque effettivamente nel caso l'esistenza di una causa remota o meglio concomitante, ma non tanto perchè l'acquisto del diritto non sembri altrimenti giustificato appieno, quanto perchè ciò che vien trasmesso al marito non è in sostanza il diritto ordinario di proprietà, ma quasi un diritto speciale o certo una proprietà molto singolare, inconcepibile se matrimonio non vi sia.

A prima vista però ciò par corrispondere solo fino a un certo segno a quel che dicono i giureconsulti romani. Esaminiamo i testi.

Nella L. 1 pr., D. *h. t.* si osserva in generale che la dote è un titolo giustissimo (1). Più sotto, ai §§ 3-4, Ulpiano aggiunge che l'usucapione « inter eos locum habet inter quos est matrimonium » e richiama e approva la sentenza di Cassio che l'usucapione cessa di decorrere, se il matrimonio si scioglie « quia et dos nulla sit », che essa non ha nemmen luogo, se il matrimonio non sussiste realmente, ma si suppone soltanto che esista « si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset », sempre per la stessa ragione « quia nulla dos sit ».

Ma nel § 2 lo stesso Ulpiano, sulle orme di Giuliano, aveva concesso l'usucapione prima del matrimonio: « Est quaestio volgata an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere. Et Iulianus inquit: si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant, et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. *Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo* ».

L'ultimo inciso è la spiegazione e il suggello della sentenza di Giuliano. Se la dazione è fatta prima del matrimonio, cioè al fidanzato, coll'intenzione che la proprietà passi immediatamente, non abbiamo ancora una vera dote, ma una dazione eseguita in vista di un fatto futuro, il

(1) Peraltro tutta la prima parte della L. 1 pr., D. *pro dote* (*Titulus - ut*) e forse tutto il principio non appartiene a Ulpiano, e risulta, mi par chiaro, da interpolazione dei compilatori. Il frammento di Ulpiano non è estratto da libri che trattino dell'usucapione e delle sue *iustae causae*, bensì da un libro dell'opera *ad Sabinum*, che tratta precisamente della dote: laonde tutto questo preludio enfatico « che esiste un titolo *giustissimo* di usucapione, il quale si chiama *pro dote* » sarebbe stato nell'opera genuina una meraviglia. Per i compilatori era invece necessario accomodare il frammento in modo congruo a fine di metterlo in capo al titolo *Pro dote* del Digesto. *Titulus*, d'altra parte, non è parola che i giuristi classici abbiano adoperato mai per significare la *iusta causa* dell'usucapione.

matrimonio, il quale porterà un mutamento nella causa del possesso e quindi la conversione degli oggetti della dazione in beni dotali.

E come la proprietà passa immediatamente in questo caso, se si dieno cose proprie, così, anche prima del matrimonio, decorre e può eventualmente compiersi l'usucapione, se si son date cose altrui. Ma il titolo dell'usucapione non è la dote, è un altro, che il giureconsulto designa colla generica espressione *pro suo*: evidentemente non perchè ne faccia un titolo putativo, ma perchè non ha a sua disposizione un nome specifico, distinto. Non l'abbiamo del resto nemmen noi: si può dire soltanto in generale che la non lesione del datore risulta dalla condizione, cui l'accipiente si sottomette (1).

In questa ipotesi anche Paolo riconosceva l'usucapione prima delle nozze. Anch'egli non fa che approvare la sentenza di Giuliano e da lui ricaviamo anzi che la designazione *pro suo* di questa usucapione appartiene allo stesso Giuliano: il testo è il Fr. Vat. 111.

Ma può accadere che la dote si dia estimata e l'estimazione venga fatta precisamente perchè il marito sia responsabile dell'ammontare e non degli oggetti. Abbiamo allora un negozio complesso, vendita degli oggetti e conseguente costituzione in dote del prezzo; ma l'estimazione e quindi la vendita, ci dicono le fonti, è in sospeso sino alla conclu-

---

(1) Se l'obbligo alla controprestazione fosse riconosciuto — il che ripugna alla coscienza attuale, come ripugnava alla romana — questo negozio costituirebbe la base di un contratto obbligatorio, venendo a rientrare come tale nella categoria dei contratti innominati. Nondimeno, il fatto che non sia riconosciuto un obbligo di tal natura non importa, perchè la causa reale è distinta dalla causa obbligatoria. Anche le cause che diedero poi vita ai contratti innominati erano pur cause d'acquisto reale già prima che i contratti innominati diventassero giuridicamente obbligatorî: soltanto, l'acquisto era e rimase rescindibile mercè una *condictio*. Ma anche nella nostra specie, non succedendo il matrimonio, si può esperire una *condictio ob causam datorum*.

sione delle nozze, o altrimenti sottoposta alla condizione che le nozze seguano (1). E come non si potrebbe acquistare, così non si può usucapire sino a quel momento, per difetto di *iusta causa*. Lo attesta Paolo nella L. 2, *h. t.*: « Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emptore, nec pro suo ante nuptias usucapietur ». E più diffusamente nel *Fr. Vat.* 111: « Si puer, de quo quaeritur, in furtivam causam non incidisset, neque maritus sciens alienum in dotem accepisset, potuisse eum aestimatum in dotem datum post nuptias, ante non (2) usucapi; quamvis enim Iulianus et ante nuptias res dotis nomine traditas usucapi pro suo posse existimaverit et nos quoque idem probemus, tamen hoc tunc verum est, cum res dotales sunt. Cum vero aestimatae dantur, quoniam ex empto incipiunt possideri, ante nuptias pendente venditione, non prius usucapio sequi potest quam nuptiis secutis ».

Ed ora si può far passaggio a un testo di Proculo, nel quale dal titolo *pro dote* o piuttosto da quella speciale figura del *pro suo* si sdrucciola fino a un certo segno nel titolo putativo. È la L. 67, D. *de i. d.*, 23, 3:

« Proculus nepoti suo salutem. Ancilla quae nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse sive ignoret, non potest eam pecuniam viri facere eaque nihilominus mansit eius cuius fuerat, antequam eo nomine viro traderetur, nisi forte usucapta est. Nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit. Itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per condictionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, propius est ut existimem eum lucrifecisse, utique si antequam matrimonium esse inciperet usucepit. Et in eadem opinione sum si quid ex ea pecunia

(1) L. 10, § 4; L. 17, § 1, D. *de i. d.*, 23, 3.

(2) Ante non *Holw.* anno *Mo.* ante non anno *Hu.* anteno *Cod.*

paravit, antequam ea dos fieret, ita ut nec possideat eam, nec dolo fecerit, quominus eam possideret ».

In breve: una schiava, sposandosi a un uomo libero, gli costituisce in dote una somma di denaro. Naturalmente non c'è dote, nè passaggio di proprietà: nè le cose mutano per qualunque evento. Pure sin dal principio il giureconsulto, dopo aver affermato che la somma rimane « eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur », cioè che la tradizione è inefficace, avanza la frase: « nisi forte usucapta est. ». E se il testo si fermasse qui, sarebbe forse troppo grave. Il matrimonio tra schiavi e liberi è un rapporto che in diritto non può assolutamente sussistere e fuor del matrimonio il rapporto dotale è inconcepibile. Avremmo adunque non soltanto usucapione in base a un titolo immaginario, ma in base a un titolo impossibile.

Se non che il pensiero di Proculo è ben diverso. Il giureconsulto non ammette punto l'usucapione, se il trapasso di quella somma vuol essere dotale, anzi in questo caso la nega: egli asserisce che il marito può usucapire la somma, possedendola « pro suo »; con che s'intende, come s'è visto, prima che avvenga il matrimonio e quel danaro diventi dote. Proculo stesso riconferma questo valore dell'espressione: « antequam matrimonium esse inciperet; antequam ea dos fieret ». Causa dell'usucapione pertanto è quella specie di negozio innominato, di cui s'è detto sopra. L'impossibilità di conchiudere il matrimonio non vuol dir nulla, perchè in tale ipotesi il matrimonio non rappresenta in sostanza se non la controprestazione della dazione eseguita; ora in simili rapporti, si sa bene, la dazione è perfetta, indipendentemente dall'esecuzione dell'altra parte. Ove la donna fosse stata libera, ma incapace di sposarsi a quel tale per essere, ad esempio, sua prossima congiunta, la tradizione sarebbe stata come tale efficace e l'acquisto risolubile solo mediante *condictio* (1), onde se la cosa trasmessa

(1) L. 5 pr. e § 1, D. *de c. s. c.*, 12, 7.

era altrui, anche un fautore del titolo vero non poteva dubitar dell'usucapione. Non è adunque l'ipotesi tanto esorbitante, nè perchè s'abbia un titolo putativo Proculo nomina la usucapione *pro suo* (1).

Nondimeno è certo che, a differenza delle specie di Giuliano, Paolo e Ulpiano, cotesto titolo *pro suo* messo innanzi da Proculo ci presenta un titolo putativo, perchè deriva da persona incapace di possedere e di alienare. Si potrebbe soltanto sostenere che non è un titolo immaginario, bensì un titolo viziato: onde, pur dovendo da questo testo, come dall'altro di Nerazio in materia di donazione, indurre il riconoscimento generale di titoli siffatti d'usucapione per il diritto giustinianeo, giacchè niente rivela in essi il carattere di norme singolari, pur tuttavia non ne potremmo forse con piena conseguenza inferire l'ammissione del titolo puramente immaginario.

6. Veniamo ora alla *iusta causa* più importante, ch'è altresì nell'ordine storico la prima: la compra-vendita o il titolo *pro emptore*. Sebbene tale *iusta causa* offra più d'una singolarità, nondimeno le specialità degli altri titoli, che ancora ci restano a esaminare, o almeno de' titoli nominati dell'usucapione e la divergenza da quelli già trattati sono in sostanza più gravi.

Anche la compra-vendita, per quanto ciò a prima vista per più ragioni non paia, s'ha a riguardare in generale come una causa che può giustificare così l'acquisto di diritti reali come la costituzione di diritti di obbligazione; non altrimenti che la donazione e la dote. Così l'intuizione del

---

(1) [Il Pernice, *Labeo*, II, 1, 2ª ediz., 1895, pag. 398, n. 4, pag. 399-400, ritiene interpolato nel testo di Proculo l'inciso *nisi forte usucapta est* e tutto il periodo *quod si vir — usucepit*. L'ipotesi non pratica dell'usucapione di denaro sarebbe totalmente esclusa dal discorso di Proculo, che era in tema di *condictio:* altri rilievi di fatto sono pure non insignificanti. La supposizione, peraltro, non è necessaria, e lo stile del frammento (compresa la frase con *nisi*) è classico e corretto].

popolo come la giurisprudenza pratica riconoscono una compra-vendita, sia quando immediatamente si trasmetta la cosa da una parte e il prezzo dall'altra, sia quando si venga solamente a costituire un obbligo per l'una o l'altra prestazione o per entrambe. Certo, la natura generica della donazione è più spiccata, perchè v' ha regole comuni alla donazione in generale, ed è piuttosto prevalente in essa l'uffizio di causa reale (1), perchè la donazione obbligatoria non esiste come *contractus* autonomo sino a Giustiniano e perchè la considerazione dello spirito di liberalità, che muove chi si priva della cosa, fa ch'egli sia di regola esonerato da ogni altra obbligazione dopo la consegna della cosa stessa; laddove invece, nella compra-vendita, da un lato la natura generica è dissimulata nel diritto romano dalla struttura speciale della compra-vendita obbligatoria, che ha regole tutte sue, dall'altro lato la compra-vendita obbligatoria è prevalente, perchè *ab antiquo* riconosciuta come *contractus* e perchè, essendo il negozio bilaterale, è raro che almeno per l'una o per l'altra delle due parti non si costituisca un obbligo; omettendo pure che gli obblighi del venditore non sono esauriti nemmeno colla trasmissione della cosa. Ma, fermo pur questo, non è men certo che l'analisi giuridica dovrebbe distinguere tra la compra-vendita reale e la compra-vendita obbligatoria. Nella prima la proprietà della cosa come del prezzo passa immediatamente, ove il trasmittente sia proprietario; e se non è tale, per essa l'accipiente può esser posto nella condizione di usucapire. Risolvere l'atto in obbligazione e pagamento, considerar tutto l'affare come un pagamento contemporaneo al sorgere dell'obbligazione, è, ben più che una mera sottigliezza, un errore gravissimo, generato dall'oscurità che regna circa la dottrina della causa. Qui, causa unica, causa immediata e reale è la compra-

(1) Giustiniano tratta della donazione in seguito ai modi d'acquisto della proprietà (*Inst.*, L. II, Tit. 7), e non è la peggiore delle collocazioni.

vendita. Invece nella compra-vendita obbligatoria è necessaria all'uno e all'altro effetto, cioè così al passaggio della proprietà come all'usucapione, una *solutio:* causa reale e prossima è la *solutio;* la compra-vendita è causa obbligatoria e remota.

Ora, stando così le cose, parrebbe che l'usucapione in questa seconda ipotesi dovesse aver la sua giustificazione e la sua base meramente nella *solutio*, e quindi essere e nominarsi *pro soluto:* se il contratto obbligatorio di compra-vendita è causa remota parrebbe, dico, che di esso non si debba discorrere nè punto nè poco, che debba restar nell'ombra, come qualunque altro contratto obbligatorio, di fronte alla *solutio.* Esso potrebb'esser assolutamente putativo, senza ingenerare alcuna difficoltà: chè per ricercare il titolo vero s' avrebbe a guardare alla causa prossima, alla *solutio.*

E nondimeno le cose non procedono così dirittamente a quel che sarebbe il loro termine logico. Nella compra-vendita noi ci scontriamo alle prime mosse in una singolarità, la quale ci presenta la prima parte d'una questione, che ha dato e dà tuttora un immenso travaglio agli interpreti. Quando la *solutio* avviene *ex causa emptionis*, essa non basta a costituire il titolo vero; si richiede puranco l'esistenza della causa precedente, l'*emptio-venditio;* sicchè l'usucapione, anche nel caso di compra-vendita obbligatoria, avviene *pro emptore*, non *pro soluto*, a differenza di ciò che si verifica in tutti gli altri contratti obbligatorî. Ciò è affermato nel modo più aperto da Paolo nella L. 48, Dig. *de usurp. et usuc.*, 41,3: « Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. *Aliud si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet.* Diversitatis causa in illo est, quod *in ceteris causis solutionis tempus inspicitur*, neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse cum solvis: *in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo sol-*

vitur: nec potest pro emptore usucapere qui non emit, *nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus* ».

Come si vede, Paolo mette assai bene in rilievo la differenza dagli altri contratti obbligatorî; il curioso è che per lui tal differenza relativamente all'usucapione è la ragione della singolarità, mentre non è evidentemente che la singolarità stessa presentata nel confronto cogli altri casi, in cui l'usucapione è certamente *pro soluto*.

La ragione vera di questa eccezione si deve ricercare invece e si scopre agevolmente nella struttura speciale della *emptio-venditio* romana. La *emptio-venditio* — chiamerò con questo nome il contratto consensuale che stabilisce l'obbligazione — non importa l'obbligo di trasferir la proprietà, bensì quello soltanto di trasmettere il possesso della cosa e garantirne il godimento assoluto: e ciò i Romani fanno rilevare in antitesi efficaci colla *stipulatio* (1). La corrispondenza vivacissima che i Romani pongono tra la *emptio-venditio* e la *locatio-conductio*, mescolando le regole dell'una e dell'altra e supponendo talora un curioso scambio de' due istituti, è ancor più stretta di quel che a noi moderni possa

(1) Ulp., L. 25, § 1, D. *de contr. empt.*, 18, 1: « Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, *ut cogitur qui fundum stipulanti spoponderit* »; L. 28 *eod.*: « Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est; nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest »; cfr. anche Ulp., L. 11, § 2, *de act. empti vend.*, 19, 1; Paul., L. 1 pr., e § 3, D. *de rer. perm.*, 19, 4. — Caratteristico è il modo con cui Paolo rileva la differenza tra vendita e permuta. Com'è noto, la teoria sabiniana confondeva la permuta con la compra-vendita, e quindi faceva perfetta la permuta nel modo istesso della compra-vendita. Ora, tanto nella L. 1, § 1, D. *de contr. empt.*, quanto nella L. 1 pr., D. *de rer. perm.*, Paolo risponde che le due cose non si possono confondere, poichè altro è vendere, altro è comprare, altro è merce, altro è prezzo. Ma perchè tanto importa distinguere venditore e compratore, merce e moneta? Il giureconsulto non dice già che ciò avvenga perchè della differenza economica tra i due negozi (scambio di merce con merce e scambio di merce con moneta) sia opportuno tener conto: che sarebbe l'unico modo di rispondere oggidì, prescindendo dalla tradizione storica e dall'importanza precipua della compra-vendita. Egli si richiama pur sempre a questa speciale struttura giuridica della compra-vendita,

parere. Nè l'una nè l'altra impongono il trasferimento di un diritto: la sola differenza è che l'una impone la privazione *perpetua*, l'altra la privazione *temporanea* della cosa.

Senza dubbio cotesta prestazione dell'*habere licere* o tradizione del possesso tende ad aver funzione di trapasso della proprietà. Posando le regole che il venditore è in dolo se sapeva che la cosa è d'altri (1), che il possesso, di cui trattasi, è di tal natura da non reputarsi trasmesso, se altri legalmente ne priva il compratore (2), e che non c'è vendita, qualora si convenga che il dominio non passi (3), la giurisprudenza mostra di voler intendere la struttura della *emptio-venditio* in guisa da far che essa raggiunga in ultima analisi lo scopo di trasmissione del dominio. Ma è certo, e tanto importa di rilevare pel nostro oggetto, che la *emptio-venditio* in sè e per sè *può essere*, ma *non è essenzialmente* diretta all'acquisto della proprietà: la sua funzione aspira bensì ad esser questa, ma la sua costruzione — qualunque sia la causa di cotesta anomala struttura (4) —

per cui la trasmissione *della merce* in proprietà non è necessaria, e quindi molto importa il sapere quello ch'è merce e quello ch'è prezzo, chi sia il venditore e chi il compratore, dato che le prestazioni del compratore e del venditore sono assai diverse. « *Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo. itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius* ». E al § 3 nota una conseguenza di questa diversa struttura: « Ideoque Pedius ait *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem* ». Al contrario, la vendita è valida e perfetta, si dia cosa propria o cosa altrui, salvo che nel primo caso, come distingue Ulpiano (L. 11, § 2, *de act. empti vend.*), la tradizione rende proprietario il compratore, nel secondo obbliga il venditore per l'evizione. Cfr. anche Cels., L. 16, D. *de c. c. d. c. non sec.*, 12, 4.

(1) Afric., L. 30, § 1, D. *de act. e. v.*, 19, 1. V. anche L. 1 pr., D. *de rer. perm.*, citata.

(2) Pomp., L. 3 pr., D. *de act. e. v.*, 19, 1.

(3) Labeo, L. 80, § 3, D. *de contr. empt.*, 18, 1.

(4) Il Manenti suppone che l'*emptio-venditio* romana tragga origine da un duplice *pactum*: il che potrebbe spiegare la singolarità, data la sua teoria sull'origine e la natura dei *pacta* (v. MANENTI, *Contributo*

non ancor perfettamente adatta allo scopo, non si confonde, come dovrebbe accadere, con questo.

Ora, posto che la *emptio-venditio*, se anche può essere, *non è essenzialmente* diretta all'acquisto della proprietà: posto insomma che essa non è una *obligatio ad dandum*, come ogni altro contratto precedente la *solutio* reale, ne segue che la *solutio* pura e semplice di compra-vendita non ha di per se stessa il carattere di *iusta causa* dell'acquisto reale e dell'usucapione. Se infatti l'efficacia reale della *solutio* non è per vero subordinata all'esistenza e alla validità del negozio obbligatorio, tuttavia, come già si avvertì nel titolo *pro soluto*, il suo carattere e il suo valore giuridico sono ben determinati dalla natura dell'obbligazione: e come la *solutio* di una promessa di donare tra coniugi, o di una promessa dotale tra persone che non possono esser coniugi, è un negozio inefficace in tutto e per tutto, così la *solutio* di compra-vendita è negozio inefficace pel nostro oggetto. Per vedere adunque se c'è nel caso un rapporto che giustifichi il possesso civile e l'usucapione convien risalire sino alla compra-vendita: non perchè si ricerchi una causa remota, ma perchè la *solutio* di compra-vendita non è atta a costituire la causa prossima.

Questa è per me la singolarità vera o primaria della compravendita, quella che merita di esser messa in luce, o almeno nel suo maggior rilievo. Invece un'altra singolarità ha pel suo carattere più estrinseco e visibile attratta l'attenzione degli scrittori, riassorbendo o riducendo in posizione secondaria la prima, che tocca veramente l'intima, naturale essenza del rapporto, in cui la *iusta causa* ha la sua espressione: e questa secondaria peculiarità è il momento della buona fede nel titolo *pro tempore*. Noi sappiamo che l'usu-

---

alla teoria dei « pacta », pag. 140 e segg. Estratto dagli *Studi senesi*, 1890). [Credo ora, conforme a un concetto accolto da V. Scialoja, che ciò derivi dal carattere internazionale (*iuris gentium*) del contratto di compra-vendita].

capione esige la buona fede al momento della presa di possesso. Ora le cose pare che procedano in termini diversi nel titolo *pro tempore*, e propriamente pare che esistesse nel diritto classico una divergenza di opinioni tra Sabiniani e Proculeiani, come sino dai vecchi romanisti si rileva. Entrambe le scuole, si dice, erano d'accordo nell'esigere la buona fede nel titolo *pro tempore* al momento della conclusione del contratto: ma i Sabiniani esigevano inoltre pur sempre l'esistenza della buona fede al momento della tradizione, conforme alle regole generali (teoria dei due tempi), i Proculeiani invece rinunciavano del tutto a pretendere la buona fede al momento della tradizione, operando quindi un mero trasporto di questo requisito dalla data della tradizione alla data del contratto. La controversia risulta dalla L. 10 pr., D., 41, 3, nonchè dalla L. 44, § 4, *eod.;* si riconosce senz'altro l'opinione sabiniana nella L. 48, D., 41, 3, nella L. 2 pr., D., 41, 4, nella L. 7, § 4, *eod.*, e nella L. 7, § 17, D., 6, 2. La teoria dei due tempi è passata nel diritto giustinianeo.

Ora donde questa controversia e questa nuova singolarità? A nostro avviso, essa non è che una conseguenza della precedente. Appunto perchè lo scopo di risalire alla compra-vendita è quello di stabilire la *iusta causa* che di per sè non è espressa dalla *solutio* di una compra-vendita, a esser sicuri che una *iusta causa* c'è non basta nemmeno saper di certo che una compra-vendita c'è stata. Si vuol anco sincerarsi che quella compra-vendita s'è compiuta in condizioni tali da portare in conseguenza non la mera tradizione e garentia personale del possesso, di cui godeva il venditore, ma il trapasso vero della proprietà; e poichè la cosa non è in questi termini, si vuol che la si creda in questi termini. Ed ecco spuntar fuori l'esigenza della buona fede del compratore al momento della compra-vendita, ecco giustificarsi la definizione, che i Romani ne dànno e che non del tutto a proposito s'è voluta sfruttare pel concetto della *bona fides* all'inizio del possesso: « Bonae fidei emptor esse

videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse » (1). Ecco, altresì, spiegarsi, perchè Paolo, ponendo la necessità di una reale *emptio-venditio*, intenda senz'altro una *emptio-venditio bonae fidei*, come nel testo citato di lui (L. 48, D. *de us.*) e più apertamente nella L. 2 pr., D. *pro empt.*, 41, 4: « Pro emptore possidet qui revera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: *igitur et bona fide emisse debet* et possessionem bona fide adeptus esse ».

Ed ecco perchè — cosa inavvertita — non solo in questo, ma in tutti i testi relativi all'usucapione non c'è caso che mai si parli di *emptio* o di *emptor* puramente e semplicemente, ma sempre di *bonae fidei emptio* o *bonae fidei emptor*: è questa, negli acquisti *non a domino*, la *iusta causa* dell'usucapione, più ristretta che non il concetto della *emptio-venditio* in generale (2). Ecco perchè anche nell'azione Publiciana, tutta basata sull'usucapione, tale *iusta causa* è sempre *emptio-venditio bonae fidei.*

Ed ecco, infine, perchè nella formula della Publiciana, inserendo la menzione della *iusta causa*, si poteva aggiungere in caso di compera la menzione della buona fede: e si spiegano così quelle tre parole tanto vessate di Ulpiano nella L. 7, § 11, D., *de Publ.*, 6, 2: « Praetor ait: Qui *bona fide* emit ». E ciò che il giureconsulto fa seguire riassume

(1) Mod., L. 109, D. *de v. s.*, 50, 16.

(2) Cfr., fra tante, la L. 33 pr., D. *de us.*, 41, 3, di Giuliano: « Non solum *bonae fidei emptores*, sed et omnes, qui possident *ex ea causa*, quam usucapio sequi solet, etc. ».

quasi le nostre considerazioni: « Non igitur *omnis emptio* proderit, sed ea quae *bonam fidem* habuit »; cioè *iusta causa* dell'azione Publiciana come dell'usucapione è la compra-vendita di buona fede (1).

L'idea sviluppata, già espressa da V. Scialoja (2), parrebbe richiamarsi alla vecchia opinione dello Stintzing (3) che la buona fede al momento della compra-vendita occorra come necessario complemento del titolo, in quanto, precisamente, il negozio non impone obbligo al trasferimento

---

(1) Il testo, adunque, a mio avviso, è genuino e chiaro. Pure la mala intelligenza della *iusta causa* relativamente all'acquisto di diritti reali e la conseguente mala intelligenza della posizione dell'*emptio-venditio* rispetto ad essa ha talmente confuso gli interpreti, che non c'è testo nelle fonti, il quale abbia dato un'eguale spinta ad architettare ipotesi e in cui si sia proceduto con eguale audacia nel supporre guasti e interpolazioni. Gli è da quelle tre parole messe in bocca al Pretore « qui *bona fide emit* » che nasce tutta la questione circa la ricostruzione dell'Editto publiciano [V. sopra l'*Editto publiciano*, pag. 392-393]. Altri, come il PERNICE (*Labeo*, II, pag. 159, 2ª ediz., pag. 343 e segg.), dichiara tutto quel passo inintelligibile. Recentemente il GRADENWITZ (*Zeitschr. der Sav. Stift.*, vol. XII, 1891, pag. 134-137) propose di leggere: « Ait Praetor: emit et is ei traditus est. Non (igitur *del.*) omnis emptio proderit ». E tutto questo perchè? Se l'espressione *bona fide*, si dice, fosse stata nell'Editto o nella formula, essendovi già la *iusta causa* e la *traditio* e dovendosi prescindere dal tempo, non si sa che cosa si debba più ricercare per decidere se il possessore avrebbe usucapito, come richiede la finzione della Publiciana. Ora, suppergiù l'esame si riduce in ogni titolo a stabilire se esistono ostacoli all'usucapione: ma si deve ricercare altresì, perlomeno secondo Paolo, la solita *bona fides* al momento della tradizione; perchè la *bonae fidei emptio* non è che la *iusta causa*.

(2) SCIALOJA, *Lezioni*, 1888-89, pag. 230.

(3) STINTZING, *Bona fides*, pag. 113, 117. — Già il HARNIER, *De probat. bonae fidei*, 1851, pag. 36 (cit. dallo STINTZING, *Bona fides*, pag. 94, nota), aveva fatto richiamo in proposito a cotesta natura speciale della compra-vendita romana, ma considerandola solo in quanto per questa cagione il negozio non giustifica sufficientemente la credenza nel diritto del proprio autore. Anche il MÖLLENTHIEL (*Natur des guten Glaubens*, pag. 58) asseriva che « la buona fede deve nella compra-vendita integrare il titolo per quella parte in cui è meno atto al trapasso del dominio ». L'asserzione è generica senza dubbio, ma forse non tanto oscura, come parve allo Stintzing.

della proprietà. Tuttavia non è soltanto la buona fede, ma lo stesso risalire sino alla compra-vendita, anzi in primo luogo cotesto risalire sino al negozio obbligatorio che si spiega e si giustifica col bisogno di fissare un titolo vero di usucapione. Ciò lo Stintzing non ha scorto, perch'egli non ha il giusto concetto dell'essenza del titolo (tra i titoli dell'usucapione ripone anche la *stipulatio*), ma sovrattutto perchè, come tutti gli scrittori, ha l'occhio di preferenza alla prima e meno essenziale singolarità, il momento della buona fede.

Infatti, se in tutti gli altri casi, in cui esiste simile colleganza con un rapporto obbligatorio, non è già che l'usucapione avvenga *pro stipulatu*, *pro legato* (*per damn.*), ecc., bensì *pro soluto*, perchè anche nel caso presente la buona fede non potrebbe integrare la *solutio* al momento della *solutio*, ch'è poi quello della *traditio?* Perchè, in altri termini, il compratore che al momento della *solutio* crede che la cosa appartenga al suo autore non deve usucapire per aver comperato in mala fede, mentre agli altri non nuoce nemmeno il non esservi mai stata stipulazione?

Col mio modo di concepire la cosa la risposta mi par chiara. La *solutio* di compra-vendita è causa insufficiente, perchè determinata dalla compra-vendita, che non obbliga alla trasmissione del dominio. Ora, si dica che fa mestieri integrar la *solutio* o che la si pone da banda come *i. c.*, il fatto è che, anche a integrarla, non si vuol ricorrere, per quanto è possibile, a elementi subbiettivi, bensì a elementi che abbiano obbiettiva esistenza e valore giuridico. Ma ciò significa che convien risalire alla compra-vendita e scoprire che s'è compiuta una compra-vendita in buona fede: il titolo viene ad esser naturalmente trasportato sulla compra-vendita di buona fede.

La preoccupazione più grave contro la spiegazione dello Stintzing può nascer piuttosto dall'averla rigettata lo stesso autore. Nondimeno abbiamo detto e meglio vedremo or ora quali ne furon le cause.

Ecco ora le altre spiegazioni più in voga in ordine a queste specialità del titolo *pro emptore*. Il difetto comune a tutte, salvo forse quella sola dell'Appleton, è di non vedere o non voler vedere che un lato della questione e non il lato primario (1).

Secondo il Huschke e il Windscheid, il quale corresse ed espose in una forma più chiara il pensiero del primo, si risale alla compra-vendita, perchè nei rapporti tra compratore e venditore la proprietà passa al momento della compra-vendita, ossia nella compra-vendita istessa si ha già un principio di appropriazione (2).

---

(1) Considero a parte gli antichi e lo stesso Cuiacio, perchè la loro spiegazione, benchè rinnovata da qualche moderno, tra cui lo stesso Alibrandi, *Possesso*, 119; *Opp.*, 309, non ha alcun fondamento speciale alla compra-vendita, cioè si potrebbe applicare a qualunque contratto. Non è lecito, si dice, vendere scientemente la cosa altrui; è lecito stipulare la cosa altrui « salva fide scientes rem alienam emere non possumus, stipulari autem possumus (Cui., *ad Tit. de Us.*, ad L. 10 pr., D. 41, 3; Ven. 1758, I, 675); salva fide et illaesa sciens non possum emere rem alienam: stipulari autem rem alienam unicuique concessum est absque rubore » (Cui., *in Lib. XXIII quaest. Pap.*, ad L. 44, § 1, D., 41, 3; Mutinae 1767, IV, 582). Si adducono anche in proposito varie leggi di cui la più appariscente è la L. 15, § 3, D., 41, 3: « Si ex testamento vel ex stipulatu res debita nobis tradatur, eius temporis existimationem nostram intuendam, quo traditur, quia concessum est stipulari rem etiam quae promissoris non sit »; la qual legge sembra fare il *pendant* con la L. 48, D., 41, 3. Se non che è lecito benissimo vendere la cosa altrui (V. i testi citati sopra e specialmente L. 28, D., 18, 1). Anzi, in ordine alla vendita, è lecito qualche cosa di più: cioè dare in pagamento la cosa altrui. Le leggi citate, pertanto, se notano un principio che ha valore nella stipulazione e nel *legatum per damnationem*, non possono avere intento di stabilire alcuna antitesi con la compra-vendita, salvo, se si vuole, precisamente questa, che è all'incirca il contrario di quanto si asserisce; che nella compra-vendita è lecito, anche al momento in cui si paga, rimettere scientemente la cosa altrui. Quanto a ciò che osserva Donello, *Comm.*, lib. V, cap. XVII, n. XII, Flor. 1840, vol. I, pag. 1097-1098, distinguendo tra compratore e venditore, è una pura e disperata sottigliezza.

(2) Huschke, *Das R. publ. Klage*, pag. 60 e segg.; Scheurl, *Beiträge*, II, pag. 63-64; Windscheid, *Pand.*, 1, § 177, pag. 610, n. 1. — V. in Appleton, *Publicienne*, I, pag. 179-184.

Concetto arbitrario e schiettamente antiromano. Vi si confonde l'*emptio-venditio* obbligatoria, che è quella su cui si quistiona, e la compra-vendita reale, che non dà alcun imbarazzo: confusione che si richiama a quella corrente d'idee moderne che menò ad abolire la compra-vendita obbligatoria nei Codici moderni, o per lo meno a levarle il titolo. E un altro elemento moderno vi s'è pure infiltrato: l'idea che la *bona fides* al momento della tradizione sia necessaria, perchè in questo momento si dovrebbe compiere l'acquisto della proprietà (1).

Pure è questa l'idea per la quale Stintzing abbandonò la sua vecchia e buona spiegazione (2). Parve a questo autore di scorgere che, a differenza dei moderni, i Romani abbiano presente sovrattutto l'efficacia reale della compra-vendita, e che perciò questo negozio si distingua dal vero negozio obbligatorio, di cui l'autore assume come tipo la stipulazione. Ma il paragone è male scelto e fatto apposta per confondere le idee. La compra-vendita è causa e altresì causa generica, cioè tanto può essere obbligatoria, quanto reale: la stipulazione è forma ed esclusivamente forma di contratti obbligatorî. Nessun dubbio che quando la compra-vendita sia causa reale, essa giustifichi direttamente il passaggio del dominio: e allora sarà essa la *iusta causa* della tradizione, come anche naturalmente l'usucapione avverrà *pro emptore*. I trapassi più frequenti di proprietà nel commercio quotidiano avvengono anzi in base a queste compre-vendite reali.

Ma quando la compra-vendita è contratto obbligatorio, essa, rispetto all'acquisto del diritto reale, non dovrebbe mai fungere se non da causa remota, sia ridotta nella

(1) Idea falsa anch'essa per diritto romano. V. BONFANTE, *Iusta causa* (*Riv. it. per le sc. giur.*, vol. XV, 1893, pag. 323-325). [V. sopra pag. 506-508].

(2) In uno scritto sul momento in cui la vendita è perfetta (*Necessario sciendum est, etc.*), inserito nei *Jahrbücher für die Dogm. des Rechts*, vol. X, 1869, pag. 194-195.

forma della stipulazione, sia conchiusa e riconosciuta indipendentemente da qualunque forma. Se così non è quanto all'usucapione, se può non esistere il testamento, la stipulazione, il mutuo, in breve, ogni altro negozio, cui si richiami la *solutio*, e non può invece esser lo stesso dell'*emptio-venditio*, ciò si vuol spiegare bensì, ma non giova all'uopo ridurre il negozio obbligatorio alla funzione reale.

Non giova, non c'è argomento per far questa confusione, e neppure ce n'è bisogno, quando la struttura della compra-vendita offre una tale anomalia che, messa in rapporto coll'essenza del titolo, deve condurre necessariamente al risultato cui pervennero i Romani.

Altri scrittori sostengono con molto vigore il partito disperato di chieder la spiegazione dell'enimma non tanto alla evoluzione storica nel suo vero senso, quanto a un mero accidente storico, anzi a un equivoco. L'Editto publiciano, dicono alcuni, accordava l'azione omonima *ei qui bona fide emit* (notiamo peraltro che le parole di Ulpiano non appartengono certamente all'Editto, bensì alla formula) (1): reagendo la Publiciana sull'usucapione, tale requisito sarebbe stato richiesto, dopo una certa discussione, anche per l'usucapione stessa (2).

La compra-vendita obbligatoria, dicono altri, si è svolta dalla compra-vendita reale nel periodo del *ius gentium;* e, rimasto ad essa il nome di compra-vendita, si continuò ad esigere per l'usucapione la *bona fides* al momento del contratto, senza che perdurasse la stessa ragione, perchè

---

(1) Lo dimostra il contesto di tutti i frammenti di Ulpiano inseriti nel titolo della Publiciana (v. Bonfante, *Note al Commentario delle Pandette di Glück*, lib. VI, Tit. 2, Appendice sull'Editto). [V. sopra *L'editto publiciano*, pag. 400-401].

(2) Accarias, *Précis de dr. rom.*, 3ª ediz., Paris 1882, I, § 236, pag. 563, nota 3; Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion* (*Nouv. R. histor., etc.*, 1885, pag. 261). — V. in Appleton, *Publicienne*, I, pag. 164-169. È una spiegazione abbastanza diffusa nei francesi: la segue anche il Cuq.

oramai l'acquisto della proprietà non avveniva più a quel momento (1).

Spiegazione arbitraria la prima: a parte che essa non fa che spostare una delle due questioni, perchè il problema della *bona fides* al momento della compra-vendita si ripresenterà circa la Publiciana.

Spiegazione torbida la seconda, in quanto sembra partire dal presupposto erroneo che la buona fede in generale, cioè in qualunque titolo d'usucapione, sia in rapporto col contratto, mentre essa si riferisce, per le ragioni che dicemmo nella prima parte di questo studio (2), alla presa di possesso.

Analoga alla nostra, ma ricamata in gran parte sui motivi della precedente e soggetta alle stesse obbiezioni è la teoria dell'Appleton (3). La riassumiamo in breve. Se c'è una compra-vendita, non si usucapisce *pro soluto*, bensì *pro emptore;* così afferma Paolo. Di qui avviene che si esige una compra-vendita effettiva e compiuta in buona fede, perchè la buona fede dev'essere *contemporanea al titolo*. Resta a spiegare perchè l'usucapione non possa accadere *pro soluto*. La ragione è nel fatto che la compra-vendita, la quale non era a principio un vero contratto civile, non importava una vera *solutio*. Ma (conclude l'autore) al tempo di Paolo la compra-vendita è ben riconosciuta dal diritto civile, e il principio sussiste *in forza della mera tradizione storica*.

Una spiegazione, che parrebbe avere un fondo di ragionevolezza, è quella del Puchta, il quale ritiene che la buona fede debba accompagnare il titolo, quand'esso è un atto

(1) Pellat, *Principes généraux du droit rom. sur la propr.*, pag. 449, 482, 520; Peiron, *De la nat. du juste titre*, Lyon 1885, pag. 88 e segg. — V. in Appleton, *Publicienne*, I, pag. 170, 179. — Altre opinioni in Fitting, *Arch. für civ. Pr.*, 52, pag. 1 e segg., nota; Schirmer, *Z. für Civ. R. u. Pr.*, X, pag. 293, 302.

(2) V. *La « iusta causa » dell'usucapione*, n. 7 [V. sopra, pag. 506-507].

(3) Appleton, *Publicienne*, I, pag. 198.

giuridico separato dall'acquisto del possesso (1). Ma perchè si risale a questo titolo staccato dalla presa di possesso nella compra-vendita? Perchè non ci si ferma alla *solutio?*

È questo il momento di esaminare un testo abbastanza oscuro e però sovente recato in appoggio delle opinioni più barcollanti: la L. 10 pr., D. *de usurp.*, 41, 3, di Ulpiano, così concepita: « Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectantium ».

Parrebbe da questo testo che fosse controverso tra i giureconsulti romani se pel decorso dell'usucapione la *bona fides* dovesse esistere al momento della vendita o della tradizione, e che abbia finito con prevalere l'idea di guardare soltanto al momento della tradizione.

Se non che, inteso a questo modo, il testo di Ulpiano mal si concilia cogli altri, in cui Paolo esprime così francamente il principio che nella compra-vendita la buona fede è necessaria in ambedue i momenti: Ulpiano poi sarebbe in aperta contraddizione con se stesso, poichè nessuno ha espresso tale principio più vivacemente di quel ch'egli faccia in un altro frammento (2); anzi la contraddizione spunta fuori nello stesso frammento in questione, perchè, al solito, trattandosi di usucapione, si comincia regolarmente a discorrere non di *emptio*, bensì di *bonae fidei emptio:* « Si aliena res *bona fide empta* sit ».

S'è cercato d'intendere il passo come se Ulpiano dicesse « an *etiam* traditionis »; ma, così com'è il testo nelle Pandette, pare questa una interpretazione forzata. Il Huschke suppone che Ulpiano discuta non già in qual momento la buona fede abbia a sussistere, ma da qual momento l'usucapione decorra: l'inciso « ut bonam fidem habeat » s'avrebbe

(1) PUCHTA, *Inst.*, ediz. Rudorff, Leipzig, 1851, II, pag. 664, nota *nn.*; FADDA, *Lezioni tenute all'Università di Genova*, 1886-87, pag. 296.

(2) L. 7, § 17, D. *de Publ.*, 6, 2.

a intendere come una parentesi « *posito* ut bonam fidem habeat » (1). Ma contro tale interpretazione, sforzata, del resto, anch'essa, osserva giustamente l'Appleton che Ulpiano verrebbe a ripetersi in un modo troppo ridicolo, giacchè ha cominciato precisamente con dire che la cosa è stata comperata in buona fede: inoltre, dato questo senso, avrebbe dovuto dire « spectamus » e non « exigimus » (2).

L'Appleton istesso avanza una congettura ingegnosa e in sè abbastanza plausibile di alterazione: o qualche copista o i compilatori del Digesto avrebbero mutato *mptionis* (cioè *mancipationis*) in *emptionis*. La discussione di Ulpiano doveva versare sopra una *res mancipi:* la buona fede si deve esigere al momento della tradizione o della mancipazione? (3).

Io non credo però che una simile discussione si potesse agitare tra i giureconsulti classici: la buona fede è richiesta al momento della tradizione come principio del possesso, laddove la mancipazione scompagnata dalla tradizione non ha alcun significato per il possesso e per l'usucapione. Il passo ha per me una plausibile interpretazione, ove si consideri l'argomento di cui trattava Ulpiano in tutto il contesto cui esso appartiene, ove si metta in relazione con ciò che precedeva e ciò che seguiva. Il libro XVI del Commento all'Editto, dal qual libro è estratto il frammento, è da Ulpiano dedicato tutto all'azione Publiciana: il passo adunque si occupava, a proposito di Publiciana, della *bonae fidei emptio* e della tradizione in buona fede. Il Lenel restituisce il testo tra il § 16 e il § 17 della L. 7, D. *de Publ.*, 6, 2 (4). Nel primo di questi paragrafi, Ulpiano, che ha già discorso piuttosto lungamente (dal § 11 al § 15) della compera in buona fede, recando a principio il celebre inciso della formula pretoria, passa a discorrere il requisito della *traditio* (certamente è stato soppresso a principio dai compilatori

(1) Huschke, *Das R. publ. Kl.*, pag. 63-64.

(2) Appleton, op. cit., I, pag. 181-182, n. 27.

(3) Appleton, op. cit., I, pag. 200-203.

(4) Lenel, *Paling.*, Ulp., 570.

l'inciso della formula « et is ei traditus est »), riassumendo anche ciò che precede: « Ut igitur Publiciana competat haec debent concurrere, ut *et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita:* ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit ». Nel § 17, richiamandosi all'autorità di Giuliano (*Iulianus scripsit*), afferma che la tradizione della cosa comperata deve seguire in buona fede, e chi ha scientemente ricevuto una *res aliena* non può intentar la Publiciana « quia usucapere non poterit », e conclude riaffermando vivamente che però, sempre, deve esser avvenuta in buona fede anche la compra-vendita.

Già, dunque, la controversia ricordata nel frammento in questione è ben diversa da ciò che, a prima vista, nonostante la repugnanza colle parole iniziali (Si aliena res *bona fide* empta sit), poteva parere. Non si discute punto in qual momento di preferenza occorra la buona fede; che la compra-vendita debba seguire in buona fede non v'ha dubbio. Il punto è questo: se in caso di *bonae fidei emptio* la tradizione, ch'è pur necessaria all'esperimento della Publiciana, debba seguire in buona fede. La formula della Publiciana circa la *bona fides* al momento della *traditio* non dice nulla, onde Ulpiano si richiama al fondamento dell'azione (la possibilità dell'*usucapio*), al quale, del resto, sembra ch'egli si dimostri assai ligio, e si domanda: Ove si sia comperata in buona fede una *res aliena*, per il decorso dell'usucapione è al momento della compra-vendita che si guarda, dato che per questo titolo si richiede la buona fede nell'atto in cui vien posto in essere, ovvero, come per tutti gli altri titoli, si vuol pur sempre non rinunciare al momento della tradizione?

In realtà il dubbio poteva bene insorgere ed è sorto nella mente dei giureconsulti romani. Fissato una volta che si esige la buona fede fin nell'atto della compravendita istessa, non si avrebbe oramai a prescindere dall'inizio del possesso? È ben vero che quella prima buona fede è richiesta a integrare il titolo, che altrimenti non è titolo

di proprietà o di possesso civile; ma non è men vero che una volta provata la *bona fides* all'atto della compravendita, ecco che, mentre senza questa s'aveva meno che nelle altre *iustae causae*, ora si viene ad avere di più. Si aveva di meno prima, perchè l'*emptio-venditio* per sè non implica obbligo al trasferimento della proprietà; si ha ora di più, perchè l'*emptio-venditio bonae fidei* significa non soltanto l'opinione che quest'obbligo vi sia, ma eziandio l'opinione che l'alienante sia proprietario, anzi da questa deriva la prima.

E perchè non potrà quell'anticipata convinzione tener luogo della buona fede, che deve esistere, di regola, all'inizio del possesso? Furono probabilmente riflessioni di simil natura quelle che indussero i giureconsulti di scuola proculeiana a prescindere, nel caso di *emptio-venditio bonae fidei*, dalla buona fede al principio della tradizione. Le anomalie di struttura nell'ordine naturale e sociale sono così fatte che l'una chiama l'altra, poichè questa, come si vede, sarebbe pur sempre una conseguenza ulteriore della necessità di risalire dalla *solutio* al contratto obbligatorio ed esigere che questo sia in buona fede.

Ma tale opinione non ottenne seguito. I due corifei della scuola sabiniana fissarono il principio che, pure in caso di *emptio-venditio bonae fidei*, si dovesse esigere l'esistenza della buona fede al momento della tradizione, e la loro dottrina fu quella che vinse. Infine, anche Giuliano manifestò questa opinione, inducendone che il compratore, il quale avesse scientemente ricevuto tradizione di una *res aliena*, non potesse esperire la Publiciana, perchè non poteva usucapire.

Ma lo stesso Ulpiano molto scrupolosamente ci pone in guardia contro una falsa intelligenza del punto in questione, che non concerne affatto la buona fede al momento della compra-vendita, mercè un'osservazione finale molto caratteristica e molto commentata. « *Nec quisquam putet* hoc nos existimare, *sufficere initio traditionis ignorasse*

rem alienam; sed oportere *et tunc* bona fide emptorem esse » (1).

Ancora una controversia speciale s'agita circa cotesta *iusta causa*, ed è relativa al pagamento del prezzo. Si sa che il pagamento del prezzo è condizione essenziale all'acquisto immediato della proprietà, cioè all'acquisto, come si dice, per tradizione; sarà egualmente essenziale all'usucapione? La maggior parte degli scrittori, e anche i più autorevoli, per es. il Vangerow (2), il Windscheid (3), ritengono che sì; non manca tuttavia chi sostenga la contraria opinione. Così lo Stintzing (4), l'Appleton (5) ed altri. Il Fitting (6) distingue i tempi: nel diritto classico il pagamento del prezzo si doveva esigere anche per l'usucapione; nel diritto giustinianeo non più, dacchè il decorso dell'usucapione era stato considerevolmente allungato. Egli è perciò che Triboniano avrebbe cancellato ogni traccia di questo requisito in ordine all'usucapione.

La teoria comune ha certamente per sè l'analogia colla tradizione. Il punto è di vedere se questa è buona analogia. Io non lo credo. Senza dubbio la *iusta causa* dell'usucapione è la *iusta causa* della tradizione, o meglio dell'acquisto del dominio in generale. Ma nella tradizione istessa il pagamento del prezzo non è un elemento della *iusta causa*, ma solo un elemento necessario all'acquisto definitivo. Ciò ap-

(1) Il *tunc*, così campato in aria, che non si sa se riferire all'*initium emptionis* o all'*initium traditionis*, ha dato molto da fare agli interpreti. Io non sarei alieno dal supporre che sia caduto un qualche inciso dopo quella particella, e che il testo dicesse, per es.: « tunc *cum res emeretur* ». Ad ogni modo è chiaro che con le ultime parole Ulpiano è inteso a ribadire che la compera deve seguire in buona fede, e che l'opinione di Sabino e Cassio non significa punto che dalla buona fede al momento della compera si prescinda [V. nel testo la postilla II a questo n. pag. 598-599].

(2) *Pand.*, I, § 320, nota 2, n. 1, in fine.

(3) *Pand.*, I, § 179, n. 1.

(4) *Das Wesen der b. f.*, pag. 110, 112.

(5) *Publicienne*, I, pag. 216 e segg.

(6) *Arch. für civ. Praxis*, vol. LI, pag. 18 e segg.

pare dal modo con cui lo stesso Giustiniano si esprime, dal fatto che tale requisito è messo in connessione più colla *traditio* che colla *emptio-venditio*, e riferito a una prescrizione positiva delle XII Tavole in ordine al momento dell'acquisto definitivo: sia pure tale prescrizione conforme al *ius naturale* o *ius gentium*. Inoltre, la *possessio* acquisita prima del pagamento del prezzo è considerata dalle fonti come *iusta possessio* (1).

Vero è che l'opinione dominante, sempre dal riguardar la tradizione, ricava un altro argomento a favore della tesi affermativa: che il possessore, sapendo di non poter acquistare il dominio, non è in buona fede. Ma questo argomento pure si fonda sulla solita mala intelligenza della *iusta causa* e della *bona fides:* nè quella significa l'acquisto, nè questa l'opinione d'esser proprietario.

Dal punto di vista esegetico, poi, è lecito dapprima osservare che il silenzio delle fonti è senza dubbio un argomento a favore della tesi negativa; e tale appare anche al Fitting, il quale sarebbe inclinato all'opinione dominante e le accorda tutto quello che le può accordare. Ma se v'ha qualche indizio positivo, è anch'esso piuttosto a nostro favore. Oltre ai testi succitati, nel *Fr. Vat.* 1 si fa il caso di un compratore che abbia acquistato dalla donna senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore: ora Giuliano, vivente in un tempo in cui la tutela della donna era affievolita e semidistrutta, decide, in base a una *constitutio Rutiliana*, che colui che ha pagato il prezzo possa anche usucapire; e certo par che qui s'alluda a una speciale condizione, quasi una diversa *iusta causa*, richiesta per questo caso speciale. Ma su questo testo torneremo or ora.

Finalmente, è a favore della negativa il testo relativo all'azione Publiciana in ordine al pagamento del prezzo, cioè la L. 8, D. *de Publ. in rem a.*, 6, 2, di Gaio: « De pretio

(1) Diocl. et Max., L. 9, L. 12 pr., Cod. *de contr. empt.*, 4, 38.

vero soluto nihil exprimitur; unde potest coniectura capi quasi nec sententia Praetoris ea sit ut requiratur an solutum sit pretium ».

Poichè la Publiciana, osserva l'Appleton, si basa tutta sull'usucapione, la deduzione di Gaio rispetto ad essa è giusta e ben fondata, se per l'usucapione il pagamento del prezzo non si esigeva; sarebbe invece originale abbastanza, per non dir peggio, se fosse stato un requisito essenziale alla *iusta causa* e all'usucapione. Ed infine le parole istesse di Gaio « quasi *nec sententia Praetoris* ea sit » par che naturalmente s'abbiano a spiegare che « *nemmeno il Pretore* ebbe in pensiero, ecc. » e alludano quindi a un principio identico ammesso dal *ius civile*, cioè per l'usucapione; indizio però troppo gramo ed estrinseco.

Postilla I. — La prima e fondamentale questione proposta: perchè si risale alla compra-vendita? perchè non si può usucapire *pro soluto* in tema di compra-vendita? può essere, a nostro avviso, indagata più a fondo: benchè le considerazioni esposte conservino in parte il loro peso. La particolarità della compra-vendita probabilmente si presenta come tale solo per l'incompleto sviluppo del sistema contrattuale romano. In realtà, chi ben guardi, la *solutio* è *iusta causa usucapionis* soltanto quando è *solutio* di un contratto formale, o almeno di un negozio tipicamente e veramente obbligatorio: esempio costante dei giureconsulti è la *stipulatio*. Quando siamo in presenza di negozi come la *permutatio*, la *divisio*, la *transactio*, la *noxae deditio*, allora la *causa solvendi* e il titolo *pro soluto* non appaiono e non possono apparire. La funzione obbligatoria di questi negozi, che sono pur sempre, al pari della compra-vendita, cause giustificative della trasmissione del dominio, *iustae causae acquirendi*, è ignota al diritto classico. Questo infatti non riconosceva nè contratti innominati, nè patti: probabilmente, come osservazioni e studi recenti hanno messo in luce, la stessa permuta non è contratto obbligatorio, e quindi anche la parte,

che ha ricevuto prima, non è giuridicamente obbligata a corrispondere ciò che ha promesso, non compie quindi una *solutio*, se adempie la promessa!

Ma anche la *solutio* o il titolo *pro soluto* in base alla promessa dotale o alla promessa di donazione (v. sopra n. 4 e 5) rappresentano in sostanza un'illusione: perchè la promessa di donare e la promessa di dotare debbono esser entrambe rivestite della forma della *stipulatio* o della *dictio*. Vi era la *solutio* di una *stipulatio*; non vi poteva esser la *solutio* di una donazione.

Ora se i *ceteri contractus*, in cui, conforme alle dichiarazioni di Paolo nella L. 48, D., 41, 3, non si risale al *contractus*, ma ci si ferma alla *solutio*, non sono che contratti formali, o almeno tipicamente obbligatorî, come il mutuo (il quale, del resto, avendo per oggetto esclusivamente cose fungibili, a mala pena si può dire che entri in considerazione per l'usucapione), se, d'altra parte, in ogni negozio non esclusivamente obbligatorio la funzione reale è indipendente dall'obbligatoria, anzi nella coscienza comune preminente su di essa, il risultato è di tutta evidenza. L'*emptio-venditio* si dee riavvicinare alla *permutatio*, alla *transactio*, etc. e la singolarità del titolo *pro emptore* può ben esser accentuata dalla struttura particolare della compra-vendita obbligatoria, ma probabilmente ha il suo fondamento logico in un fenomeno d'ordine generale, che illustra sempre meglio l'essenza della *iusta causa*, ed è il seguente: la *iusta causa adquirendi*, cioè la *iusta causa possidendi*, la *iusta causa usucapionis* non può essere mai costituita da un negozio che si presenta puramente e semplicemente come negozio obbligatorio. Se nella compra-vendita par che si voglia risalire al negozio obbligatorio, ciò accade perchè la compra-vendita non è esclusivamente fonte di obbligazioni. Dobbiamo pertanto distinguere. Nei rapporti obbligatorî tipici diretti a un *dare* — regolarmente formali per diritto classico — i giureconsulti guardano al momento in cui si attua definitivamente la rinuncia mediante la *traditio*, e tale momento pare

sufficiente, in quanto racchiude precisamente una volontà di rinuncia, significa che non vi è lesione altrui nell'appropriazione da parte del possessore. Ma questa *possessio* era designata, come appare dai testi più antichi, col termine *pro suo* (v. n. 3 e n. 10): soltanto Paolo sembra aver creato nella *solutio* un titolo concreto e denominato. Nei negozi invece i quali non sono tipicamente obbligatorî, in quei negozi che io, avvertendo il fenomeno, ho designato col nome di cause generiche (1), si può sempre considerare il rapporto nella sua efficacia reale, indipendentemente dal suo eventuale valore obbligatorio, ed è inutile chiamare il possesso *pro suo*, come è artificioso il chiamarlo *pro soluto*; anzi, più che artificioso, questo appellativo sarebbe stato erroneo nel diritto classico. La *traditio* della cosa è la conclusione, il termine finale del negozio, non già il suo scioglimento.

Certamente in ordine alla compra-vendita, se una promessa precedente vi è stata, si potrebbe esser tentati di appoggiarsi, per la giustificazione reale, alla *solutio*, la quale non manca, perchè questa promessa è un contratto obbligatorio. Se non che tale contratto a ogni modo non è formale, il negozio effettivo, materiale non rimane celato, la compra-vendita resta pur sempre, come gli altri rapporti similari, una causa generica, nè il fatto che l'esecuzione sia in pari tempo *solutio* di un'obbligazione può distruggerne il significato reale (2); a parte pure che tale *solutio* non è mai divenuta una *datio*. In breve, l'anomalia, come avvertiamo a principio, è più che altro apparente; se i classici, come hanno riconosciuto l'*emptio-venditio* consensuale, avessero ammesso i contratti obbligatorî di donazione, di permuta, di transazione e simili, avremmo visto il fenomeno

(1) BONFANTE, *Istituzioni di dir. rom.*, § 27.

(2) Si noti un fenomeno: nel diritto giustinianeo, ove è riconosciuto il patto di donare (che oramai fa riscontro alla *emptio-venditio* consensuale), la donazione, con una curiosa, ma caratteristica esagerazione, è addirittura elencata tra i modi d'acquisto della proprietà: *est etiam aliud genus adquisitionis, donatio* (pr. Inst., II, 7).

verificarsi negli stessi precisi termini in una serie di cause. Data questa situazione di cose (che, a mio avviso, ha importanza non solo per l'*usucapio*, ma altresì per la *traditio* e la *condictio*), la compravendita come *iusta causa*, cioè nella sua efficacia reale, costituisce, se vi è stato contratto obbligatorio, un'unità continuativa, la quale va dal momento della conclusione del negozio (*initium venditionis*) all'istante del suo scioglimento (*initium traditionis*), e pone dinanzi il problema del momento della buona fede. Ma su questo punto stesso l'esegesi critica integra il risultato naturalistico, come esponiamo nella postilla seguente.

Postilla II. — La critica delle fonti permette oramai di fissare, in termini veritieri e più in armonia col problema fondamentale e con la nostra tesi, la controversia che si agitava tra Proculeiani e Sabiniani circa il momento della buona fede. Non è esatto che i Sabiniani richiedessero nel titolo *pro emptore* la buona fede nei due tempi, al momento del contratto e al momento della tradizione: questa è una specie di teoria eclettica accolta, o più probabilmente creata dai compilatori. In realtà i Sabiniani guardavano solo all'*initium traditionis*, i Proculeiani all'*initium contractus*. Gli uni e gli altri, insomma, collocavano la buona fede in un momento solo, che variava, dato il carattere continuativo della causa. Tale è il senso della L. 10 pr., D., 41, 3 (v. sopra), quando la si interpreti senza preconcetti e senza sforzi: per mettere la teoria sabiniana in armonia con la teoria giustinianea dei due tempi, si sottintende in questa legge, come abbiamo osservato, un *etiam*, che non vi è nel testo e che vi sta male, perchè vi guasta l'opposizione tra i due concetti. Ciò venne riconosciuto sino dalla glossa (Gl. ad *h. l.*: subaudi *etiam*). Tale è il senso che risulta egualmente dalla L. 44, § 2, D., 41, 3, di Papiniano, che accoglie pure la teoria sabiniana: *etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet, etc.*, e anche qui sempre sino dal tempo della glossa, per ridurre il testo alla

teoria sabiniana dei due tempi si vuol sottintendere *tantum* (Gl. ad *h. l.*: hic subaudi *tantum*, quasi dicat *non tantum contractus tempore, sed etiam possessionis*). Lo stesso risulta dalla L. 7, § 4, D., 41, 4, di Giuliano, il quale segue pure la teoria della sua scuola: « qui bona fide alienum fundum emit et possessionem eius amisit, deinde eo tempore adprehendisset, quo scit rem alienam esse, non capiet longo tempore quia initium secundae possessionis vitio non carebit, nec similis (nec dissimilis *S. Bas.*) est ei, qui emptionis quidem tempore putat fundum vendentis esse, sed cum traditur, scit alienum esse: cum enim semel amissa fuerit possessio, initium rursus reciperatae possessionis spectari oportet ».

A questo risultato sembra contraddire la L. 7, § 17, D., 6, 2: « Iulianus libro septimo digestorum scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. nec quisquam putet hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse ».

Se non che io sono oramai d'avviso con l'Alibrandi che questa protesta finale sia più degna di Triboniano che di Ulpiano (1). L'interpolazione è stata ritenuta anche dal Pampaloni (2), a cagione del *nos maiestaticum*, e più recentemente dal Beseler (3), a cagione della frase compilatoria tipica *nec quisquam putet, etc.*: aggiungasi quel sospeso e incomprensibile *et tunc*. Quanto a Paolo, esito a pronunciarmi. Il Beseler (l. c.) ritiene che siano interpolate le due leggi di Paolo, che fanno di questo giureconsulto un seguace della teoria giustinianea dei due tempi: Paolo seguiva probabilmente la teoria proculeiana dell'*initium contractus*. Nella

---

(1) Alibrandi, *Possesso*, pag. 120, *Opp.*, pag. 300.

(2) Pampaloni, *Arch. giur.*, vol. LV, 1893, pag. 506.

(3) Beseler, *Beiträge*, III, 198.

L. 48, D., 41, 3, come restituisce il Beseler, doveva essere scritto: *in emptione contractus tempus inspicitur;* nella L. 2 pr., D., 41, 4: *in emptione illud tempus inspicitur quo contrahitur:* soppressa la frase finale, che è senza oggetto.

Ma non stimo invece che sia interpolato il *bona fide* nella L. 10 pr., D., 41, 3 (si aliena res bona fide empta sit), come ritiene l'Alibrandi, nè il *bona fide* nella L. 7, § 11, D., 6, 2 (cioè nel celebre inciso edittale *qui bona fide emit*) e tutte le successive allusioni, che tornano in quest'ultima legge, alla *bona fides* nella compera, come ritiene il Beseler. A me sembra che i giureconsulti classici considerino questa *iusta causa* come un rapporto continuativo, che ha, per usare le parole romane, un certo *tractus temporis*, e in cui la *bona fides* si può collocare, o al momento della conclusione, *initium venditionis*, o al momento della esecuzione, *initium traditionis;* ma in qualunque momento essa caratterizza sempre la compra-vendita e ne fa una *bonae fidei emptio.*

Postilla III. — La conclusione cui giungiamo circa il pagamento del prezzo è confermata, ma anche sorpassata e fatta oziosa da risultati di studi recenti, per cui la regola che in tema di compra-vendita il pagamento del prezzo sia condizione essenziale al passaggio della proprietà parrebbe estranea totalmente al diritto classico di Roma e penetrata soltanto nell'epoca romano-ellenica dal diritto greco. I testi relativi, principalmente Inst., II, 1, §§ 40-43 (cfr. L. 9, § 3, D., 41, 1; Gai, II, 19-20) sono interpolati dai compilatori. V. F. Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld* in *Röm. Beitr. zur Rg. I*, Leipzig 1916 (cfr. Mitteis, in *Z. der Sav. St. für Rg.*, 1916, vol. XXXVII, pag. 370-373).

7. — Discusse tutte le specialità del titolo *pro emptore*, vengo a esaminare, anche nell'àmbito di esso, la questione del titolo putativo. Esprimono il principio che la *emptio-venditio*, o meglio la *emptio-venditio bonae fidei*, non può essere surrogata dalla *opinio*, dalla *existimatio*, dall'*error*

falsae causae, oltre Paolo, come s'è visto nella L. 2, *pro empt.*, citata, anche Papiniano, incidentalmente, nella L. 3, *pro leg.* (non magis quam si quis emptum existimet quod non emerit), e Giustiniano nelle sue Istituzioni, § 11, *de us.*, II, 6.

Inoltre, per esser questa la più importante *iusta causa*, i testi generali, come, per esempio, la L. 27, *de usurp.*, ove Ulpiano riferisce la dottrina rigorosa di Celso, mirano tutti ad essa, ed anche Africano, nella L. 11, *pro empt.*, constatando che l'opinione « volgo tradita » esige il titolo vero, parla in realtà del titolo *pro emptore*.

E del principio s'offrono anche da Paolo applicazioni evidenti e caratteristiche. S'è contratta una compra-vendita sotto condizione sospensiva. Durante lo stato di pendenza della condizione il compratore non potrà usucapire giammai, *nemmeno se reputi avverata la condizione: « similis est enim ei qui putat se emisse »* (1).

Ovvero: Hai comperato lo schiavo Stico e per esso ti è stato tradito invece lo schiavo Dama. Non c'è, rispetto a Dama, compera veruna, onde, nonostante che qui l'errore può anche essere giustificatissimo, non è ammessa punto l'usucapione (2).

Ma lo stesso Paolo ci presenta in seguito delle specie, in cui sembra sdrucciolare nel titolo putativo: sicchè, per la intelligenza del principio, i testi che le contengono sono del più alto interesse e nella questione del titolo putativo assai discussi.

Due specie parallele si presentano le prime: la compera fatta dal tutore di cosa che egli crede appartenere al pu-

(1) L. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4.

(2) L. 2, § 6, D. *h. t.* — Il Priscus, cui Paolo si richiama, è naturalmente Iavolenus. Diverso è il caso che alcuno abbia comperato effettivamente un fondo e poi l'abbia posseduto per una maggiore estensione: Paolo ne assegna la ragione seguente: « quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes ». Essa riguarda, come si vede, la natura del possesso di cosa immobile.

pillo, e quella fatta dal mandatario di cosa che egli crede appartenere al suo principale.

L. 2, § 8, D. *pro empt.*, Paulus, *libro LIV ad Edictum*: « Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse eum usucapere; in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenebitur ac si alii minoris addixisset; idque et a Divo Traiano constitutum dicitur.

« § 9. Procuratorem quoque, qui ex auctione quam mandatu domini facit emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. Idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem ».

La difficoltà di questi casi deriva dal fatto che il tutore e il mandatario vengono ad essere venditori e compratori a un tempo stesso: Ulpiano dice appunto che la compera di cosa pupillare fatta dal tutore unico è nulla, perchè questi « et emptoris et venditoris officio fungi non potest ». Perciò lo Stintzing si giova dei citati frammenti per la sua tesi che valga lo stesso il titolo vero o il titolo putativo, la *iusta causa usucapionis* o la *iusta causa erroris* (1).

Se non che tale induzione è fondata sopra una leggera considerazione delle due specie. Tutore e mandatario sanno qui benissimo che la compra-vendita è nulla; e se anche si vuol supporre che non lo sappiano, la loro ignoranza procederebbe da un imperdonabile errore di diritto e non avremmo quindi nemmeno una *iusta causa erroris*; ch'è il meno che richiedano i fautori del titolo putativo, Nerazio, Africano e Pomponio. Per la questione del titolo putativo adunque il testo non significa nulla. Dal momento che lo stato delle cose si conosce o, se non si conosce, l'ignoranza di esso non si potrebbe addurre come scusa, se nondimeno l'usucapione si concede, ciò vuol dire che qualche cosa di

(1) Stintzing, *Bona fides*, pag. 90.

reale v'ha che la giustifica: vuol dire, insomma, che una *iusta causa*, un rapporto manifestante l'assenza di lesione altrui si riesce a scoprire. Non sarà la compra-vendita, non sarà, in altri termini, un rapporto volontario; ma certo v'è qualcosa che costituisce tutto il sostrato naturale o sociale, che voglia dirsi, della compra-vendita, vi è un rapporto di fatto, per cui non solo il pupillo o il principale non vengono ad esser lesi (*deterior causa pupilli non fit*), ma può tornar loro vantaggioso che il tutore e il mandatario acquistino.

Sicuramente è questo un rapporto singolare e quindi ammesso solo *utilitatis causa*, non senza qualche titubanza; ma è una *iusta causa* vera, onde ammetterla o non ammetterla da parte dei giureconsulti romani non significa rendersi fautori del titolo putativo, ma è indizio di una divergenza che non trascende il caso speciale, cioè se s'abbia a riconoscere nel caso una *iusta causa possidendi*, e mostra ancora una volta che questa s'ha a concepire come un mero rapporto, dal quale sia manifesto che non si lede altrui, non mai come un negozio d'acquisto del dominio.

Più gravi sono altre ipotesi riguardanti la compra-vendita contratta con persona incapace: sia con un impubere o, nel diritto classico, con una donna sotto tutela in ordine alle *res mancipi*, senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore, sia con un pazzo.

Nondimeno v'era un caso che non dovette a lungo offrire un serio imbarazzo, e questo caso, che ragioneremo per il primo, perchè, sebbene abbia cessato di valere nel nuovo diritto, non è senza interesse per intender gli altri, era appunto la compra-vendita di *res mancipi* conchiusa colla donna sotto tutela. Una volta riconosciuto nella coscienza morale e giuridica del popolo che l'incapacità della donna e l'istituto della tutela muliebre non hanno una base naturale (1), indeboliti nello stesso diritto positivo sotto la

(1) GAI., *Inst.*, I, 190.

duplice azione della giurisprudenza e della giurisdizione pretoria i diritti di questo tutore e l'essenza della sua *auctoritas* (1), ammessa la liberazione mediante il *ius liberorum* e abolita anche in parte la tutela del sesso dalla legislazione imperiale — con che la legislazione stessa veniva a mettere a nudo la base innaturale oramai dell'istituto — era impossibile che il negozio concluso dalla donna senza intervento del tutore continuasse per ciò solo a riguardarsi come un'assoluta nullità in tutti i sensi, sotto tutti i rapporti. E sembra che sino i giureconsulti dell'ultima età repubblicana fossero già concordi nel riconoscere in questa compra-vendita una *iusta causa usucapionis*, se il compratore fosse stato pienamente in buona fede (2). Si potrebbe anzi pensare che per questo caso non si sia mai dubitato seriamente dell'esistenza d'una *iusta causa usucapionis* (3). A ogni modo questo è certo: che sin da quel tempo si cominciò piuttosto a discutere circa il valore di una compra-vendita di *res mancipi* conchiusa *scientemente* colla donna senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore. Un tal compratore, così decidevano i giureconsulti *veteres*, non è un compratore di buona fede, cioè non ha titolo atto all'usucapione; poichè la *iusta causa usucapionis*, come s'è visto, non è la compra-vendita pura e semplice, ma la *emptio-venditio bonae fidei*. La decisione de' *veteres* fu seguìta tanto da Labeone quanto da Sabino e Cassio. Anzi Labeone aveva dichiarato che il compratore in tal caso non possedeva *pro emptore*, bensì *pro possessore*. Ma nella scuola di Labeone cominciò a prodursi a questo riguardo una tendenza più larga. Proculo e Celso affermarono che l'acquirente possiede *pro emptore*. Infatti, egli fa

(1) Cic., *Pro Mur.*, 12, 27; Gai., *Inst.*, I, 190, 191.

(2) S'intende che l'ipotesi pratica doveva piuttosto riferirsi alla *auctoritas* di un falso tutore.

(3) Non si potevano però usucapire mai le *res mancipi* alienate dalla donna soggetta a tutela agnatizia: il divieto era assoluto e obbiettivo, come per le *res furtivae*. V. Gai., II, 47.

suoi i frutti dal momento che li percepisce col consenso della proprietaria; il che vuol dire che la *iusta causa* non è interamente nulla, ma ha valore se non altro come causa giustificativa dell'acquisto dei frutti, a simiglianza della locazione.

D'altra parte la donna, se non può alienar la *res mancipi*, cioè la proprietà di essa, può ben alienar liberamente il possesso. Finalmente Giuliano, fondandosi su di una *constitutio Rutiliana*, decise che il compratore poteva anche usucapire, purchè avesse pagato il prezzo alla donna. Per qual ragione? Evidentemente perchè il pagamento del prezzo si considera come una reale e sufficiente *iusta causa.* L'usucapione non si può fondar sulla vendita, che è nulla, e nemmeno su di una *falsa existimatio*, che non esiste, perchè l'acquirente sa tutto: è il pagamento del prezzo che costituisce l'acquirente in un reale rapporto di non-lesione colla donna e co' tutori e giustifica possesso e usucapione. Soltanto, poichè appunto la compra-vendita è nulla, nè la donna quindi s'è obbligata a rinunciare alla sua cosa in perpetuo, essa può interromper l'usucapione e riottener la cosa, ma deve offrire la restituzione del prezzo (1).

Vengo ora alle altre ipotesi di contratti con persone incapaci: compra da un impubere o da un pazzo. L'incapacità di queste persone ha veramente una base naturale, talchè la nullità del negozio s'avvicina quasi all'inesistenza obbiettiva. Pure anche tra i due casi che ora si presentano vi ha una certa differenza di grado: questa base naturale non

---

(1) Fr. Vat., 1, Paulus? « Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore, quem scit non esse, non videtur bona fide emisse. Itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt; Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore: Proculus et Celsus pro emptore; quod est verius; nam et fructus suos facit, scilicet quia voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem etiam usucapere emptorem et, si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere ».

è ugualmente forte e sentita in entrambi. Veggasi come si esprime Gaio nella L. 1, § 12-13, D. *de o. et a.*, 44, 7: « Furiosum sive stipulatur sive promittat nihil agere *natura manifestum est. Huic proximus est* qui eius aetatis est ut nondum intelligat quid agatur: sed *quod ad hunc benignius acceptum est;* nam qui loqui potest creditur et stipulari et promittere recte posse ».

S'intende, coll'*auctoritas tutoris*; a ogni modo però una certa capacità di consentire, di dar vita insomma a un rapporto volontario, la si riconosce nel pupillo prossimo alla pubertà. L'*auctoritas* integra la sua volontà, *accrescendola*, non la sostituisce. Ed è noto che la maggior parte dei giureconsulti romani — a meno di non supporre nelle Pandette una vasta interpolazione, per la quale i pupilli sarebbero stati sostituiti alle donne — ammettevano nel caso di negozi obbligatorî almeno un'obbligazione naturale. Adunque nel caso di compra-vendita contratta con un pupillo non solo non può negarsi che un rapporto sia intervenuto tra compratore e pupillo — e un rapporto che può avere effetti giuridici, per es. la *condictio in quantum locupletior factus est pupillus*, se il compratore ha sborsato il prezzo — ma, per lo meno da un punto di vista naturale, esso è tale che, anche come rapporto volontario, non si potrebbe dir nullo in modo assoluto. La *bona fides* o l'*existimatio* ha una sfera più ampia, ma non s'è ancora sostituita in tutto alla compra-vendita.

Forse la prima ipotesi in cui s'ammise l'usucapione fu quella ch'è la più naturale ed equa, e per la facilità dell'errore e per il dolo di cui è vittima il compratore; intendo la compra-vendita contratta sotto *falsa auctoritas*. Ciò si potrebbe indurre da un testo di Gaio: « Qui a pupillo emit probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. *Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur* » (1).

(1) L. 13. § 2. D. *de Publ.*, 6, 2.

Paolo e Ulpiano però fanno senz'altro il caso che s'ignori di trattare con un impubere o con un minore. Il testo di Paolo, concepito con molto sentimento della gravità del caso, è la L. 2, § 15, D., 41, 4: « Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, *ut hic plus sit in re quam in existimatione* (Cuiac. *ut hic plus quam in re sit...*): quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris actoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest ».

Probabilmente l'inciso *ut hic plus sit in re, etc.* è alterato per mero errore e il testo doveva dire tutto il contrario: cioè che *qui* è maggiore il peso che si dà alla subbiettiva credenza che non quello della realtà. Paolo non si dissimula che *qui* (hic) egli ammette una deviazione dal principio generale di Sabino che si debba attender più alla *substantia*, alla realtà, che non agli elementi subbiettivi della *existimatio* e della *opinio*. Egli è conscio della tenue consistenza di questa *iusta causa* e del pericoloso margine che essa lascia alla *bona fides*, tanto che per la prima volta si permette di richiamare in materia d'usucapione il principio che torna sempre negli autori del titolo putativo: che l'errore deve essere di fatto, perchè l'error di diritto « nulli prodest ». Ma precisamente perch'egli è conscio della deviazione in questa specie, che pure non è, come ho mostrato, delle più eccessive, non è lecito affatto supporre ch'egli, Paolo, intendesse così stranamente i suoi principî da scambiare a piacere la *iusta causa usucapionis* colla *iusta causa erroris* in qualunque caso.

Quanto ad Ulpiano, il quale tratta veramente della *iusta causa* nell'azione Publiciana, egli si esprime con tutta semplicità, dichiarando che chi compera da un minore, ed ignora che è tale, ha la Publiciana (1).

(1) L. 7, § 4, D. *de Publ.*, 6, 2 [Ulpiano doveva dire *a pupillo*, non già *a minore*; cfr. SOLAZZI, *Minore età*, pag. 122 e segg. Ma io dubito ora della genuinità delle due decisioni. Specialmente nel testo di Paolo, il *dicimus*, la scorretta applicazione della massima sabiniana così come

Recisa opposizione e non di mera forma v'ha tra i due ultimi rappresentanti illustri della giurisprudenza romana circa il caso della compra-vendita conchiusa con un pazzo. I due testi fanno parte delle stesse leggi, cui appartengono i già citati. Il testo di Paolo, L. 2, § 16, *h. t.*, è così concepito: « Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere *utilitatis causa* me posse, *quamvis nulla esset emptio*, et ideo neque de *evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis* ».

La compra-vendita conchiusa con un pazzo è nulla assolutamente, come s'è visto, sia da un punto di vista civile, sia da un punto di vista naturale. Purnondimeno, persino in questo caso, il fatto in sè non solo non è meramente immaginario, epperò tale che il diritto per ammettere la usucapione debba dare tutto il peso agli elementi subbiettivi, come la *bona fides* e l'errore; ma è un fatto reale di tal natura che la legge non può negare ad esso in modo assoluto un qualche effetto. Non c'è stato certo un contratto, non s'è costituito un rapporto *ex voluntate*: ma c'è stato un fatto, che può esser fatto giuridico, e un rapporto può essersi costituito tra i supposti contraenti. Se il supposto compratore ha sborsato il prezzo della cosa, gli si negherà la *condictio* contro il supposto venditore per l'ingiusto arricchimento? Non gli si può negar certo, come non gli si nega contro il pupillo (1). Ma questo rapporto fa sì che anche al pazzo possa tornar vantaggioso che l'acquirente usucapisca; l'idea della lesione non solo è lungi dal proposito interno dell'acquirente, il quale è in buona fede, ma in certo modo è rimossa anche dalla realtà delle cose, da un rapporto giuridico che se non è *iusta causa* dell'acquisto a cui si mira, perchè vi manca, per dir così, la volontà che l'animi, vi s'avvicina molto dal suo lato obbiettivo.

il testo è concepito, l'arrendevolezza di Paolo, il più energico avversario del titolo putativo, e il suo richiamo ai motivi dell'opinione più mite, sono indizi non ispregevoli di sospetto].

(1) L. 5 pr., D. *de auct. et cons. tut.*, 26, 8.

Per queste ragioni, inspirandosi all'*aequitas*, il giureconsulto romano è tratto a riconoscere un *ius singulare* nel dominio generale dell'istituto. Che Paolo riguardi la decisione presente come tale non v'ha dubbio. Non solo egli è conscio della deviazione dai principî, tanto che dichiara nulla affatto la compra-vendita, ma soggiunge poi che la cosa è stata ammessa *utilitatis causa*, e finalmente non riconosce nel caso nessuno degli effetti obbligatorî e reali del contratto di compra-vendita. Ciò dimostra ancora una volta quanto illogico sia l'inferire dai testi citati che le idee di Paolo sul titolo vero, o in genere le idee di quei giureconsulti che lo richiedono seriamente, fossero tanto larghe che essi ammettano tutti la *iusta causa erroris* come un equivalente generale della *iusta causa usucapionis*. Se il giureconsulto accorda nel caso l'usucapione, non è perchè reputi in generale sufficiente la *iusta erroris causa*, ma per considerazioni speciali e per uno speciale bisogno, pur negando che una *iusta causa* com'egli la vuole vi sia: e appunto perchè ciò che stabilisce gli appare come una decisa anomalia, non ne ammette l'estensione oltre i limiti che a lui paion segnati dal bisogno e dall'utilità speciale. Quando infatti il dettato dell'*aequitas* è concepito come un principio *iuris singularis*, esso si vuol restringere il più che è possibile al bisogno dal quale è giustificato; il principio generale, il quale anch'esso deve reputarsi conforme all'*aequitas*, salvo in quel caso speciale, gli vieta di espandersi di più.

È appunto allo stesso Paolo, il quale in materia di diritto singolare doveva esser competente se aveva scritto su di esso un libro speciale, che appartiene la famosa massima: « *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* » estratta precisamente dallo stesso libro, cui appartiene il nostro testo e forse in relazione ad esso (1).

(1) Il Lenel, *Paling.* Paul., 657, adotta una diversa collocazione tra la L. 1, § 16, D., 41, 2, e la L. 1, § 17, *eod.*, ma a me sembra più efficace ed evidente la correlazione col nostro caso.

Il testo di Ulpiano è il § 2 della L. 7, D. *de Publ.*, 6, 2: « Marcellus libro septimo Digestorum scribit: eum, qui a furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit ».

Come si vede, Ulpiano non esita un istante a concludere logicamente dall'usucapione alla Publiciana. Tuttavia ciò non mi trae punto a supporre ch'egli intendesse la *iusta causa usucapionis* in un modo diverso e più largo di quel che la intenda Paolo e riguardasse la decisione altrimenti che come un principio anomalo. Considerazioni speciali di equità avevano mosso, a quel che pare, i giureconsulti romani a conceder l'usucapione a chi aveva comprato da un furioso: il principio torna sovente ad essere espresso e l'abbiamo, oltre che nei testi riferiti di Paolo e Ulpiano, anche in un testo dei Frammenti Sinaitici (1). In tutti poi ci vien riferito come una regola tradizionale o tramandata da più vecchi giureconsulti: « *constitit* », dice Paolo nel testo citato; « *responsum est* » in un altro testo estratto dai suoi libri *ad Plautium* (2); « *Marcellus ait* », dice ora Ulpiano. Ma in nessuno si parla di *iusta causa:* tutti ripetono semplicemente che *si può usucapire.*

Il testo presente di Ulpiano è quasi identico al secondo testo di Paolo: « Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est ».

Resta soltanto la divergenza in ordine alla Publiciana. Ma osserverò a questo punto che la severità di Paolo in proposito mi sembra eccessiva e ingiustificata. Sta bene che la regola sia di diritto singolare: ma la Publiciana si fonda tutta sull'usucapione con tendenza piuttosto a oltrepassarla che a restarle indietro, tanto che se una speciale *ratio utilitatis* consiglia di cedere in un caso speciale in ordine ai requisiti dell'usucapione, essa vale più fortemente in riguardo alla Publiciana. Se Paolo adunque era logico e

(1) *Sch. Sin. ad Ulp.*, XVI [RICCOBONO-BAVIERA, *Fontes*, pag. 544].
(2) L. 13, § 1, D. *de us.*, 41, 3.

giusto non accordando l'*accessio possessionis* o l'azione obbligatoria per l'evizione, non doveva però negare all'acquirente la Publiciana, nemmeno contro il furioso, rispetto al quale tuttavia essa può esser resa frustranea dalla *exceptio iusti dominii* (1).

In conclusione: i casi in cui Giuliano, Paolo e Ulpiano e i citati da loro, o i loro autori, come Servio, Marcello, Plauzio, rimettono dalla compra-vendita effettiva o son tali casi che ci presentano rapporti diversi, ma reali egualmente di non-lesione, ovvero specie particolari regolate da principî anomali per motivo di speciale utilità; onde, lungi dal porgere l'adito a una libera intelligenza del principio generale, per cui si esigeva il titolo vero, mostrano il rigore col quale esso veniva inteso. Che però nel sistema del diritto giustinianeo il principio serbi lo stesso significato e le specie suddette lo stesso carattere, è altra questione, alla quale già sin d'ora par che si possa in generale rispondere negativamente.

8. Delle *iustae causae* nominate resta propriamente il solo titolo *Pro legato*: poichè quanto al preteso titolo *pro herede* io non credo che esso sia una reale *iusta causa usucapionis*.

Il legato offre la più grave specialità, che lo distingue da tutte quante le *iustae causae* nominate e innominate; di essere insieme anche modo di acquisto del dominio, perchè non fa bisogno di alcuna manifestazione adeguata del proprio volere, occupazione o tradizione, per esser rico-

(1) Per diritto giustinianeo non v'ha dubbio che in ordine alla Publiciana è il testo di Ulpiano che fa legge: tale è stata sempre l'opinione dominante. La ragione principale è la sede: ma si può anche osservare in anticipazione che il diritto giustinianeo relativamente alla *iusta causa* è andato più in là di Paolo e Ulpiano, e le decisioni eccezionali non hanno più tal valore.

I vecchi tentativi di conciliazione dei due testi sono pienamente arbitrari.

nosciuti proprietari della cosa legata e aver diritto alla rivendicazione (1).

Ma legato di tal natura e titolo di usucapione era nel diritto classico solo il legato che dicevasi appunto *per vindicationem*. L'altro tipo fondamentale, il legato *per damnationem*, non solo non conferiva immediatamente la proprietà, ma non era propriamente *iusta causa* dell'acquisto del dominio, cioè causa prossima di esso, e quindi non poteva essere nemmeno *iusta causa* dell'usucapione: esso conferiva solamente un diritto di obbligazione al legatario, onde la *iusta causa* dell'acquisto del dominio o dell'usucapione s'aveva nella *solutio* di questa obbligazione eseguita dall'erede. Nel diritto giustinianeo le varie specie son fuse in una e il legato di cose è, in massima, come l'antico legato *per vindicationem*, causa e modo di acquisto del dominio.

La necessità della reale esistenza di un legato a favore del subbietto per costituire in testa sua la *possessio* e la *usucapio pro legato* è affermata concordemente e vivacemente anzitutto da Papiniano, Paolo e Ulpiano.

L. 1, *h. t.* Ulp., *libro VI Disp.*: « Legatorum nomine is videtur possidere cui (per vind.) legatum est; pro legato enim possessio et usucapio *nulli alii quam cui* (per vind.) *legatum est competit* ».

L. 2, *ibid.* Paul., *libro LIV ad Ed.*: « Si possideam aliquam rem, quam *putabam* mihi (per vind.) legatam, cum non esset, *pro legato* non usucapiam »,

L. 3, *ibid.* Pap., *libro XXIII Quaest.*: « non magis quam si quis emptum existimet, quod non emerit ».

Una particolarità meno rilevante dell'acquisto per legato è che ad esso non basta la generale capacità giuridica, ma

(1) Nella dottrina dei Proculeiani tuttavia il legato era bensì *iusta causa* di acquisto del dominio, nè si richiedeva una *solutio* da parte dell'erede, ma non era in sostanza un modo d'acquisto pieno. Il legatario doveva manifestare la propria volontà d'acquistare, e solo quando l'avesse fatto la cosa diventava sua (cfr. Gai., *Inst.*, II, 195).

occorre anco una speciale capacità subbiettiva, la *testamenti factio* col defunto, perchè, come dice Giavoleno, *ea possessio ex iure testamenti proficiscitur* (1).

Ma quella caratteristica fondamentale, per cui la *causa legati* è senz'altro modo d'acquisto, non riman priva di conseguenze.

Anzitutto il legato è *iusta causa* bensì per l'usucapione e per la Publiciana, ma non si può annoverar tra le *iustae causae* della tradizione, perchè vera tradizione non ci sarà mai.

Certo, poichè al decorso dell'usucapione è necessario il possesso, una immissione nel possesso deve aver luogo; ma tale immissione non è tradizione vera e propria, nemmeno se avvenga col concorso dell'erede, e può del resto anche avvenire indipendentemente da questo concorso. *Si non traditam possessionem* (dice Papiniano) *ingrediatur sine vitio legatarius*, legatae rei usucapio competit (2).

Più seria è quest'altra conseguenza. Se il legato è direttamente modo d'acquisto della proprietà, non si può, a rigore, giudicare legato vero, quando la proprietà non si acquista; cioè precisamente nell'ipotesi in cui soccorre la usucapione. E non era che un canone logico derivante dalla funzione del legato *per vindicationem* il principio fermato dai giureconsulti classici che la cosa in tal modo legata doveva essere nel dominio quiritario del testatore al momento della sua morte; anzi, trattandosi di cose infungibili, anche al momento della confezione del testamento.

Abbiamo dunque un *negozio nullo*, il quale è stimato nondimeno *titolo vero* dell'usucapione. Ma il caso, che appare così stridente, non ha in fondo nulla di strano, e giova anzi a ribadire il concetto che la *iusta causa* non è il negozio complessivo d'acquisto, bensì quel momento primo, che significa la non-lesione altrui ed esprime d'ordinario una

---

(1) L. 7, D. *pro leg.*, 41, 8.

(2) L. 8, D. *h. t.* Cfr. anche L. 1, § 2, D. *de Publ.*, 6, 2 [forse interpol.]; L. 1, § 5, D. *de exc. r. v. et tr.*, 21, 3.

rinuncia a favor nostro della cosa. Che il legato sia nullo adunque non importa: esso è tale nella sua funzione di modo d'acquisto, non già come *iusta causa* dell'usucapione. Laonde conceder l'usucapione, qualora fosse legata una *res aliena*, coll'intuizione schietta che i Romani avevano della *iusta causa*, non poteva offrir veruna difficoltà; ed infatti non n'offerse. *Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit*, principia con dichiarar francamente Paolo (1): e ci voleva tutta la confusione recata nel concetto della *iusta causa* per negar fede e valore a così evidente testimonianza. Pure a questo si giunse e qualche scrittore ha pensato che il legato *per vindicationem* di cosa altrui non potesse esser titolo d'usucapione (2). Ma Paolo non poteva già riferirsi a un legato *per damnationem*, perchè titolo allora sarebbe stata, almeno per lui, la *solutio*.

E a questo caso tipico alludono due leggi, che a torto dall'Alibrandi (3), dallo Stintzing (4) e dall'Appleton (5) vengono intese nel senso di un legato putativo.

L. 5, *h. t.*, Iavolen., *libro VII ex Cassio:* « Ea res, quae legati nomine tradita est, *quamvis dominus eius vivat*, legatorum tamen nomine usucapietur »,

L. 6, *h. t.* Pomp., *libro XXXII ad Sab.:* « si is cui tradita est, *mortui esse existimaverit* ».

È una *res aliena* ch'è stata effettivamente legata e il vero proprietario (non il testatore!) è ancor vivo: caso il più naturale che si dia. Il titolo s'ha dal testatore, non proprietario, ma veramente morto, e pertanto l'usucapione corre; ma, s'intende, comincia a decorrere a patto che l'accipiente creda realmente la cosa di proprietà del defunto, cioè ch'egli sia in buona fede.

(1) L. 4, D. *pro leg.*, 41, 8.

(2) Per es.: Gérardin, *Du legs de la chose d'autrui* (*Nouv. Rev. hist.*, 1887, pag. 712).

(3) Alibrandi, *Possesso*, pag. 118; *Opp.* pag. 308.

(4) Stintzing, *Bona fides*, pag. 92, n. *d.*

(5) Appleton, *Publicienne*, I, pag. 306, n. 42.

Se non che altri accidenti potevano verificarsi in cotesto titolo, nascenti piuttosto dalla sua natura di atto *mortis causa*. La cosa è stata effettivamente legata nel testamento, ma successivamente in codicilli a parte il legato venne ritirato; oppure il testatore ha legato non a me, bensì ad un altro di egual nome. Ebbene, se io ignoro che un codicillo m'ha tolto il beneficio, se ignoro l'esistenza del mio omonimo o altrimenti credo d'esser io la persona onorata dal testatore, potrò usucapire? In entrambe le specie, che negli atti tra vivi non hanno riscontro, è riconosciuta l'usucapione nel diritto giustinianeo. Ma non pare che la cosa fosse tanto pacifica nell'età classica. Nel primo caso per vero Paolo nella compilazione giustinianea sembra ammettere con molta semplicità l'esistenza di una *iusta causa* sufficiente: « *subest iusta causa quae sufficit ad usucapionem* » (1). Ma, secondo Ermogeniano, questo fu bene un de' casi in cui l'usucapione venne ammessa dopo lunghe divergenze « post magnas varietates obtinuit » (2). È possibile che la facilità somma d'ignorare l'esistenza di codicilli — spesso nelle nostre fonti si fa il caso della scoperta e produzione di codicilli rimasti lungo tempo celati — inducesse una deviazione, che in verità nel puro concetto della *iusta causa* è abbastanza grave.

Le stesse ragioni, in fondo, militano per la seconda ipotesi, che nondimeno Paolo avanza con un poco più di esitazione: « *Idem potest dici, etc.* ». A torto, mi sembra, si volle vedere in questa ipotesi dallo Stintzing una rilassatezza estrema della buona fede e argomentarne quindi per la natura meramente negativa di questa. Chi porta un nome che nessun gli contesta non può forse in perfetta buona fede credersi lui, come il povero Sosia dell'Anfitrione, e ignorare l'esistenza d'un altro lui? Il testo poi non dà nessun appiglio per ammettere che, sapendo l'esistenza

(1) L. 4 pr., D. *pro leg.*, 41, 8.
(2) L. 9, *h. t.*

d'un altro lui, non debba concorrere qualcosa di più per giustificare l'errore del preteso legatario e costituirlo in buona fede. Sarà il solito giuoco di presunzioni, prove e controprove.

Un altro passo in questa lubrica via fu fatto coll'ammettere l'usucapione in base a un legato nullo per un vizio nella concessione, per es. un vizio formale (1). Questa usucapione, ci attesta Ermogeniano, insieme coll'altra della *ademptio legati « post magnas varietates obtinuit »*; e lo stesso nome del giureconsulto — di questa altri non parla — potrebbe indurre a soggiungere: e molto tardi.

Può sembrar, nondimeno, a prima vista, che in questa ipotesi s'abbia una *iusta causa a domino*, e quindi si dovesse *ab antiquo* riconoscere francamente l'usucapione e riassumere anzi più tardi il possesso in base a un legato siffatto sotto il tipo dell'*in bonis*. Se non che il rapporto non è così piano e giova di nuovo a illuminare l'essenza della *iusta causa*. Qui non è che faccian difetto momenti necessari meramente all'acquisto, come la proprietà dell'alienante; è la rinuncia stessa, la quale non viene espressa nel modo che la legge vuole, è il rapporto coll'alienante, che la legge non riconosce, perchè non stretto nelle debite forme. Abbiamo un rapporto quasi analogo a quelle donazioni in cui non si osservino i limiti dalla legge stabiliti. Certamente il Pretore avrebbe potuto dar sanzione a una *iusta causa* così configurata e riassumerla tra le sue cause d'*in bonis;* ma egli non usa por mano alle forme civili per alterarle.

Ben lungi, adunque, dall'esser questo il caso più semplice, esso è per questo vizio nella *iusta causa* il più grave e tale che non potè essere riconosciuto, se non quando il senso e l'uso delle forme antiche fu completamente smarrito e l'attenzione esclusiva all'esistenza della volontà oscurò

(1) Anche dopo il senatoconsulto Neroniano. Cfr. Gai., II, 218, 198. [Similmente, Alibrandi, *Possesso*, pag. 123; *Opp.* pag. 312].

nel campo istesso della volontà il riguardo alla serietà, alla ponderatezza, alla presumibile stabilità di essa.

V'ha però, circa il titolo *pro legato*, un testo che veramente sembra ammettere l'usucapione sulla base di un titolo putativo: è la L. 4, § 2, D. *pro suo*, di Pomponio: « Quod legatum non est, ab herede tamen perperam traditum est, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet ». Si potrebbe supporre nondimeno che nel diritto classico questo frammento alludesse a un legato *per damnationem* di cosa *mancipi*, che l'erede avrebbe semplicemente tradito (1); Pomponio, che non par conoscere la denominazione specifica *pro soluto*, dichiara che il legatario usucapisce, perchè possiede *pro suo*. Certo è, però, che nel diritto giustinianeo questo frammento assume il significato più grave. Il legato ha di regola oramai l'efficacia dell'antico legato *per vindicationem*, onde avremmo realmente nella specie una usucapione in base alla *falsa existimatio* che legato vi sia.

Una circostanza potrebbe forse indurre la supposizione che una *iusta causa usucapionis* si possa pur costruire: intendo il fatto che l'errore è condiviso anche dall'altra parte, e che v'ha in certo modo tra l'erede e il legatario un rapporto di comune errore, per cui l'erede istesso non si crede leso.

Ma, chi ben guardi, questa circostanza non è se non il momento che rende l'errore scusabile, come nel titolo putativo si richiede. L'animo del tradente non è di pagare, e tale animo è necessario, perchè *solutio* vi sia. Giuliano l'avvertiva bene appunto con riguardo all'usucapione: « si solvendi causa id fecerit ».

Sicchè, anche in ordine alla *causa legati*, sia ciò l'effetto di un eclettismo singolare dei compilatori, che non può non alterare i concetti, sia ciò un prodotto d'incosciente elezione per non riguardare alle conseguenze delle riforme operate nell'istituto istesso del legato, accanto al titolo vero

(1) [Tale è anche l'avviso del Pernice, II, 1, 1895, pag. 403-404].

più o meno rigorosamente concepito spunta fuori nel nuovo diritto un titolo prettamente putativo, una vera *causa erroris*, cui non possiamo aggiungere se non la limitazione della scusabilità.

9. Prima di passare all'esame dei due titoli *pro suo* e *pro herede*, sarà opportuno discutere un'altra serie di vere o pretese *iustae causae*.

Le *iustae causae* meno frequenti, che ricorrono solo incidentalmente qua e là nelle nostre fonti, sia con riguardo all'usucapione, sia con riguardo all'azione Publiciana, non hanno d'ordinario nemmeno una denominazione tecnica per il possesso e l'usucapione: si cerca in generale dai giureconsulti romani di assimilarle o avvicinarle ad altri titoli, massime al titolo *pro emptore*, oppure si riassumono nella generica designazione *pro suo*. Sebbene io reputi questa differenza insignificante, tuttavia, per comodo di discussione, tratterò ora soltanto delle prime. Esse sono: la *litis aestimatio*, la permuta, la *noxae deditio* anche nella figura della *ductio noxalis* e in genere le *iustae causae* pretorie d'immissione nel possesso di beni altrui, la transazione, l'aggiudicazione, la divisione ed altre, che non hanno nemmeno una designazione specifica. Non credo invece *iustae causae* il giudicato e il giuramento.

La *litis aestimatio* è una delle più importanti. In più luoghi delle nostre fonti è detto ch'essa è simile alla compravendita, o che, subìta la *litis aestimatio*, si comincia a possedere *pro emptore* (1). Perciò, qualora la *litis aestimatio* si subisca in confronto del proprietario vero, si acquista immediatamente la proprietà o almeno l'*in bonis* e s'ha una *in rem actio* o una *exceptio* contro lo stesso (2).

(1) Iul., L. 22 pr., D. *de act. rer. am.*, 25, 2; Gai., L. 1, D. *pro empt.*, 41, 4; Ulp., L. 3, D. *ibid.;* Paolo la fa analoga alla transazione: L. 46, D. *de r. v.*, 6, 1. — Cfr. anche Paul., L. 69, 70, D. *de r. v.*

(2) Iul., L. 22 pr., D. *de act. rer. am.*, 25, 2; Paul., L. 26, D. *de r. v.*, 6. 1; L. 2, § 21, D. *pro empt.*, 41, 4. — S'intende che per aversi una

La permuta, che è tanto simile alla compra-vendita da indurre i Sabiniani a farne un concetto solo con questa, è ricordata indipendentemente da questa nel titolo dell'azione Publiciana (1). S'intende che essa è *iusta causa* per la parte che riceve prima; la parte che riceve seconda in cambio e pagamento, una volta riconosciuto il contratto e l'obbligo, usucapirà, se la *res* è *aliena*, *pro soluto* [v. però n. 6, pag. 595-597].

Come la permuta, sono *iustae causae* naturalmente le altre dazioni per la costituzione di contratti innominati; e, s'intende, tali dovevano essere anche prima che l'obbligo alla controprestazione diventasse giuridico.

La *noxae deditio* si trova ricordata più d'una volta nelle nostre fonti come causa giustificativa dell'usucapione, della Publiciana o del possesso civile, e anche, in un passo di Paolo, foggiata nella solita guisa: *pro noxae dedito* (2).

La *ductio noxalis* e le altre cause pretorie d'immissione nel possesso avevano questo di notevole, che non erano mai se non cause di possesso, anche se si costituivano di fronte al proprietario vero. È inutile ricordare che in questo caso (cioè quando la *ductio* avesse luogo di fronte al proprietario vero) il possesso assumeva la figura dell'*in bonis* (3).

---

litis aestimatio con efficacia di *iusta causa* fa bisogno che in qualche modo l'attore vi acconsenta, non già che il convenuto paghi per non voler restituire la cosa. *Huius rei argumentum primo aequitas*, per dirla coi Romani, dipoi lo stesso richiamo analogico alla compravendita e alla transazione, infine la L. 69 e 70, D. *de r. v.*, 6, 1, ove si conchiude che non dev'essere in potestà del convenuto « per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare », e la L. 47, D. *de r. v.*, ove, per il caso che occorra la trasmissione del possesso, è detto che il convenuto deve conseguirlo « ex voluntate actoris ».

(1) Ulp., L. 7, § 5, D. *de Publ.*, 6, 2.

(2) Afric., L. 28, D. *de nox. act.*, 9, 4; Ulp., L. 5, D. *de Publ.*, 6, 2; Paul., L. 3, § 21, D. *de poss.*, 41, 2.

(3) Nel diritto giustinianeo cotesto *in bonis* dovrebbe esser sempre la proprietà: e nel senso della proprietà si hanno a interpretare la L. 2, § 1, D. *si ex nox. causa*, 2, 9, e la L. 26, § 6, D. *de nox. act.*, 9, 4. Nondimeno ci è forza talora costruire delle figure di possesso assoluto, che soltanto l'usucapione può trasformare in proprietà. Così è

La *transactio* è incidentalmente ricordata come *iusta causa* d'usucapione da Pomponio (1) ed espressamente riconosciuta dall'imperatore Diocleziano in un titolo del Codice, che, del resto, s'intitola egualmente dalla compra-vendita e dalla transazione (2).

L'*adiudicatio* è menzionata da Ulpiano tra le *iustae causae* dell'azione Publiciana (3). Marcello poi ci presenta senz'altro la specie molto netta di una usucapione in base a questo titolo nella L. 17, D. *de usurp.*, 41, 3: « Si per errorem (cioè in buona fede) de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore (rest. « usu ») capere possum » (4).

Circa l'*adiudicatio* deesi notare ch'essa è di nuovo, come il legato, anche un modo d'acquisto del dominio.

Altre *iustae causae* non hanno nemmeno una propria denominazione specifica in generale. Un rapporto di tal genere, oltre a quelli ricordati qua e là nell'esame delle singole *iustae causae* nominate, cui bene o male si riducono, ci è presentato da Giuliano nella L. 33, § 3, D. *de us.*, 41, 3: « Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habebo ». In che cosa si concreta tale *iusta causa?* Certo non si ha nella specie una transazione, mancando l'*aliquid datum, aliquid retentum.* Tuttavia è innegabile che tra me e Tizio si ha un rapporto d'una natura molto analoga. Tizio mi

per la definitiva *missio in possessionem* in seguito a rifiuto di prestare la *cautio damni infecti:* cfr. L. 5 pr., L. 15, §§ 16, 26, 27, D. *de d. inf.*, 39, 2. [Esse si possono giustificare nel nuovo diritto con la qualità immobiliare dell'oggetto; v. sopra, pag. 366-367].

(1) Pomp., L. 29, D. *de us.*, 41, 3.

(2) L. 8, Cod. *pro empt. vel pro trans.*, 7, 26.

(3) L. 7, § 1, D. *de Publ.*, 6, 2 [Qui peraltro il frammento genuino doveva contemplare l'ipotesi normale che l'*adiudicatio* sia pronunciata tra condomini veri del fondo: l'usucapione era necessaria, perchè doveva trattarsi di un *iudicium imperio continens* e di un caso d'*in bonis:* v. sopra *L'Editto publiciano*, pag. 413].

(4) [Per la divisione volontaria, v. L. 4, § 1, D. 41, 10 e sotto al titolo *pro suo*].

abbandona il possesso per non essere disturbato e acconsente per questo a deporre ogni pretesa circa l'oggetto in questione.

Insomma non è facile trovare una precisa rubrica ed un'acconcia denominazione per questa causa; ma se vi è un rapporto evidente di non-lesione con una persona, la quale acconsente a spogliarsi della cosa a favor vostro, si dee negare che una *iusta causa adquirendi* vi sia? Chi ben guardi, il dubbio può nascere solo dalla pretesa incosciente che abbiam noi moderni d'aver esaurito tutto il campo dei negozi possibili. Io lessi una volta in una bell'opera di uno scrittore di vaglia che il diritto moderno ha codificato l'equità. Forse i Romani erano insieme più modesti e più accorti; essi vivevano in un diritto continuamente svolgentesi, e come l'*aequitas* era per loro lo spirito perennemente vivo della giustizia nell'evoluzione giuridica, così abbiamo pure da loro la candida confessione che i negozi sono più assai dei vocaboli, conforme alla natura delle cose; onde, quando ne incontrano o ne ammettono uno nuovo, dicono che c'è una causa, o una giusta causa, come nel caso presente.

Io non reputo invece *iustae causae* di usucapione, come dissi, nè il giuramento, nè il giudicato. Conviene pertanto intrattenersi un poco più di proposito su queste due.

Comincio dal giuramento. L'opinione affermativa richiama alcune frasi generali dei nostri autori, che paragonano il giuramento alla transazione o alla cosa giudicata (1), ma sovrattutto argomenta da un oscuro testo, in cui si riferisce un'opinione di Giuliano (2); l'opinione negativa si fonda invece sulla relatività del giuramento, sul non esser

(1) L. 2, D. *de iur.*, 12, 2.

(2) In Ulp., L. 13, § 1, D. *de iur.*, 12, 2 (v. in seguito). — Sostengono l'affermativa: ARNDTS, *Arch. für civ. Pr.*, 13, 15; BÖCKING, *Pand.*, II, § 146, n. 33; BRINZ, *Pand.*, I, pag. 209; VOIGT, *Die Condict. ob causam*, pag. 198; MAYNZ, *Traité de dr. rom.*, I, § 113, pag. 757, n. 51; HUSCHKE, *Das R. publ. Klage*, pag. 54, ecc.

questo mezzo processuale un modo d'acquisto del dominio e infine sul silenzio delle fonti in proposito (1).

Io non attribuisco, per vero, un soverchio valore a questo ultimo argomento, che per il suo carattere estrinseco, direi quasi empirico, non potrebbe mai piacermi, e certo non spiega nulla. Bensì dalla relatività inflessibile del giuramento e dalla sua intima natura mi sembra si possa concludere con certezza che esso non è da mettere nel novero delle cause reali o di quelle generiche; che la sua funzione è meramente di giustificare un rapporto personale tra colui che l'ha deferito e colui che l'ha prestato: rapporto che non può concepirsi se non come un vincolo obbligatorio. La *iusta causa* reale è un rapporto di non-lesione *con la persona del proprietario vero o presunto*, che manifesta e giustifica l'esclusione di questo dalla cosa, la negazione del suo diritto su di essa, la sua rinunzia a favor nostro. Al contrario, la causa obbligatoria è un rapporto simile *con una qualunque persona*, che non giustifica se non la rinunzia di questa alla propria libera attività relativamente a date operazioni.

Ora, certo, il giuramento è atto a giustificare un'obbligazione tra chi lo deferisce e chi lo presta. Colui che deferisce il giuramento si espone con ciò solo a vedere annientata la prova del suo diritto di fronte all'avversario o anche a veder costituita la prova di un diritto contro di sè. Egli lo sa e, si può dire, lo vuole, nel senso che preferisce avere spuntata la propria arme, l'azione, di fronte all'avversario per via di un'eccezione, o esser lui stesso a fornire un'arma d'offesa a costui piuttosto che venir respinto per insufficienza di prove. L'atto ch'egli compie, adunque, è tale da limitare la sua libera attività, obbligandolo a *non fare*, sotto pena di sottostare all'*exceptio iurisiurandi*, o *a fare*, se non

(1) Sono per la negativa: il Windscheid, *Pand.*, I, § 179, n. 7; Appleton, *Publicienne*, I, § 198, pag. 351 e segg.; Bertolini, *Il giuramento nel diritto romano*, Roma 1886, pag. 139, ecc.

vuol esser passibile dell'azione, cui egli stesso ha fornito la base.

Ma quanto all'esser *iusta causa* reale — lasciando pure di vedere se l'atto, riguardato nei suoi elementi intenzionali, possa davvero intendersi come esprimente una rinunzia assoluta alla cosa — certo un momento essenziale fa difetto: *che* il titolo si abbia di fronte a colui che si può *presumere dominus della cosa.* E si avrebbe in conseguenza questo assurdo: che l'altra parte, che ha prestato il giuramento, per fornir la prova della piena validità della sua *iusta causa*, a rigore dovrebbe dimostrare d'aver giurato il falso.

L'attribuire, adunque, al giuramento l'efficacia di *iusta causa* deriva appunto dal non iscorgere e distinguere nell'acquisto il momento giustificativo, rappresentato dalla negazione o esclusione dell'*altrui* diritto, cioè dalla nonlesione *altrui*, che costituisce propriamente la *iusta causa.* Tale requisito è appunto ciò che fa difetto nel giuramento: se, infatti, prestato il giuramento, chi l'ha deferito non si dee ritenere come *dominus* (nella migliore ipotesi s'ha a credere ch'egli stesso abbia errato, credendosi tale), egli non può riguardarsi come autore, che rinunzia la cosa a favor vostro, e il giuramento verrebbe ad essere un titolo che ciascuno si procura *da sè.*

Cosa inconcepibile e in una certa misura espressa in un motto caratteristico dagli stessi Romani; poichè il principio che nessuno può *mutare* a se stesso la causa del suo possesso non è che un corollario del principio più generale che nessuno può *costituire* a se stesso la causa del proprio possesso.

L'esegesi dei testi conferma in guisa palpabile questo risultato. Se oggetto del giuramento è in qualunque modo un rapporto obbligatorio, esso dà pienamente vita e valore all'obbligazione o la estingue, costituendo a favore di chi ha giurato un'azione o un'eccezione contro l'attore; e così, ad esempio, qualora la donna abbia giurato di aver costi-

tuito la dote, ha l'azione per ripeterla (1). Ma se il giuramento ha per oggetto un diritto reale, allora l'efficacia dell'atto si presenta in modo singolare e caratteristico. A chi ha giurato che *la cosa è sua*, sia egli attore o possessore, le nostre fonti dichiarano che s'accorda un'*actio* o un'*actio in factum* o l'*actio Publiciana;* se non che tale azione si dirige soltanto *contro chi gli ha deferito il giuramento* (2).

Che cosa si può inferire da questa limitazione? È chiaro: chi giura non acquista punto la proprietà, ma il diritto di fruire della cosa come proprietario *di fronte al deferente.* Che il titolare di questo diritto abbia un'azione reale non dee far meraviglia, poichè si tratta di concessioni pretorie.

Vediamo ora l'unico argomento vero che i sostenitori dell'opinione affermativa accampano, la L. 13, § 1, D. *de iur.*, di Ulpiano. Essa è così concepita: « Iulianus ait: eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere ». Chi prestò il giuramento, si dice, ha, dopo il decorso della *longi temporis praescriptio*, anche un'azione utile pel ricupero della cosa; adunque il giuramento è titolo d'acquisto, poichè all'effetto della *longi temporis praescriptio* richiedevasi il titolo e la buona fede, come per l'usucapione.

Ora lasciamo stare la questione se la *longi temporis praescriptio* desse anche nel diritto classico e all'epoca di Giuliano un'azione: il vero è che tale interpetrazione è insostenibile. Nel titolo del giuramento *actio utilis* designa l'azione che il giuramento immediatamente fornisce: così, a mo' d'esempio, nella L. 11, § 3, estratta dallo stesso libro di Ulpiano ed in questa istessa L. 13 al § 5. Or come qui *actio utilis* dovrebbe inopinatamente riferirsi ad un'altra azione utile prodotta invece dalla *longi temporis praescriptio* che si compia sulla base di questa pretesa *iusta causa?* V'ha di più: dal momento che un'azione utile, per concorde

(1) L. 30, § 2, D. *de iureiur.*, 12, 2.

(2) L. 9, § 7; L. 11 pr., e § 1, D. *de iureiur.*, 12, 2; L. 7, § 7, D. *de Publ.*, 6, 2.

attestazione dei giureconsulti, chi giura che il fondo è suo la consegue senz'altro in virtù del giuramento, che bisogno c'è del decorso della *longi temporis praescriptio* per ottenerla, e come mai si perviene a dire che dopo la *longi temporis praescriptio* egli deve avere *anche un'azione utile?* A questo si risponderà che la prima azione utile era diretta contro il solo deferente; dopo la prescrizione, si viene ad averla contro chiunque. Ma perchè Giuliano ed Ulpiano non avvertono che si tratta di una diversa azione utile con una tanto diversa caratteristica?

Nondimeno, se l'interpetrazione degli avversari è insostenibile, non è facile darne una che sia soddisfacente: ed è questo uno dei frammenti più controversi delle Pandette. In qualunque altra interpetrazione conviene riferire anzitutto la particella *etiam* alla *longi temporis praescriptio* e non all'azione.

Il Savigny presenta, o piuttosto rimette in onore una opinione che si regge assai male dal lato pratico, e non molto bene dal lato puramente esegetico. La *longi temporis praescriptio* sarebbe già decorsa a favore del possessore sin dal primo momento in cui si esperisce l'azione contro di lui. Ma cotesto sconsigliato possessore, invece di opporla, o per lo meno aspettare che l'attore provi il suo diritto, batte un'altra strada e gli deferisce il giuramento. L'attore giura, e consegue, non ostante la *longi temporis praescriptio* decorsa, un'azione con *sicuro successo* (*utilem* actionem) (1), giacchè, col deferire il giuramento sulla proprietà, il possessore ha implicitamente fatto rinunzia alla prescrizione (2).

Più attendibile è l'interpetrazione del Pothier, accettata, in generale, dai Francesi, fra cui Pellat e Appleton (3).

---

(1) Repugna anche, nel caso presente, questo senso di *utilis actio*. D'altra parte, in questo senso, Ulpiano avrebbe detto forse più volentieri *ei... utilem fore actionem* che non *eum... actionem utilem habere debere*.

(2) SAVIGNY, *System*, vol. VII, § 311, pag. 68 (trad. it., pag. 89), n. *s*.

(3) APPLETON, *Publicienne*, I, pag. 354-356 [Cfr. anche VANGEROW, *Pand.*, I, § 320 in fine, pag. 600].

L'attore ha giurato prima che il possessore avesse compiuto la *longi temporis praescriptio*. Oramai può intentare la sua azione anche dopo il compimento della *longi temporis praescriptio*, perchè il giuramento l'ha interrotta, come farebbe la *litis contestatio* (1).

Certo il giuramento interrompe la prescrizione; ma a parte il duro costrutto, è forse alquanto singolare che si parli di compimento della prescrizione, che cessò di decorrere.

Io lascio di riferire altri sforzi di ermeneutica. Quanto a me sono dell'opinione del Lenel. Ulpiano non può aver scritto così; e sono anche del suo parere che ciò ch'egli ha scritto non si riesce a divinare (2). Volendo avanzare una congettura molto semplice, si può anche supporre che il testo originario dicesse *post usucapionem etiam*, o meglio *post usucapionem quoque* (3). Certo al tempo di Giuliano non

(1) Di questa efficacia interruttiva della *l. c.* rispetto alla *longi temporis praescriptio* non si può assolutamente dubitare. Essa non ci risulta solamente dalle note costituzioni di Diocleziano (L. 2; L. 10, C. *de praescr. l. t.*, 7, 33; L. 26, C. *de r. v.*, 3, 32), ma anche da testi genuini di Paolo (*Rec. Sent.*, V, 2, 4; V, 2, 5). D'altra parte cotesta efficacia interruttiva non è che la stessa esercitata dalla *l. c.* e dal giuramento riguardo alle azioni temporali, rendendole perpetue (Cfr. L. 29, D. *de novat.*, 46, 2; L. 8, § 1, D. *de fid. tut.*, 27, 7; L. 139, D. *de reg. iur.*, 50, 17; L. 9, § 3, D. *de iureiur.*, 12, 2); poichè la *l. t. praescriptio*, per quanto assuma una funzione via via più distinta e si sia andata foggiando sul modello dell'usucapione, nondimeno si ricongiunge nelle origini alle *exceptiones* o *praescriptiones temporales*, che paralizzavano le azioni anzidette.

(2) Lenel, *Palingenesia*, Ulp., 673: « *Post longi temporis praescriptionem* non possunt esse Ulpiani: quid autem revera scripserit in obscuro remanet » [Anche il Perozzi in *Riv. it. per le sc. giur.*, vol. XXIII, 1897, pag. 168, stima interpolato l'accenno alla *l. t. pr.* Nè forse il senso genuino è tanto oscuro: tolta la frase *post l. t. praescriptionem*, cioè il nuovo riferimento, il testo non dice cosa peregrina, è vero, ma nulla che stoni coi principî classici: s'intende (e forse era espresso) che l'*actio utilis ex iureiurando* compete *adversus eum dumtaxat qui iusiurandum detulit*].

(3) Più spesso i compilatori conservano *capio* o *capere*, sostituendo *longo tempore* o *per longum tempus* ad *usu*; ma si trova anche mutato *usucapio* in *longi temporis praescriptio* (Cfr. Iavolenus, L. 21, D. *de us.*, 41, 3).

abbiamo nemmen traccia che l'istituto della *longi temporis praescriptio* fosse noto: e converrebbe inoltre supporre, volendo mantenerla, che Giuliano e Ulpiano si riferissero ad un fondo provinciale. È ben possibile invece che, al solito, la menzione d'un immobile abbia indotto i compilatori a mutare la *usucapio* in *longi temporis praescriptio*. Ora l'usucapione non è interrotta dalla *litis contestatio* (1), e quindi continua pure a decorrere dopo il giuramento; nondimeno, direbbe Giuliano, anche l'usucapione compiuta in seguito non distrugge l'efficacia dell'azione personale nascente dal giuramento (2).

Ma come il giuramento, e per considerazioni analoghe, è da rigettare la pretesa *causa iudicati*, generalmente ammessa (3).

Escludiamo intanto la *causa iudicati* in un'azione personale, come alcuni la intendono, perchè, si osserva giustamente da tutti, la *iusta causa* tanto dell'usucapione quanto dell'azione Publiciana sarebbe la *solutio* della *causa iudicati*. Ma nemmeno la *causa iudicati* in un'azione reale arbitraria può esser *iusta causa*, per la solita ragione che il convenuto *non si può presumere che sia proprietario*.

(1) Cfr. L. 2, § 21, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 2, D. *pro don.*, 41, 6; L. 17, § 1; L. 18; L. 20, D. *de r. v.*, 6, 1; arg. Fr. Vat., 12.

(2) Anche l'Appleton, *Publicienne*, I, pag. 356, suppone alternativamente che i compilatori possano aver sostituito *l. t. praescriptio* a *usucapio*.

(3) L'ammettono, non tutti però nella stessa forma e negli stessi casi, Arndts, *Arch. für civ. Pr.*, vol. XIII, pag. 283 e segg.; Sintenis, *Pand.*, I, § 57, pag. 204; Brinz, *Pand.*, 2ª ed., 1873, vol. I, § 159, pag. 620; Accarias, *Précis de dr. rom.*, 3ª ediz., Paris 1882, vol. I, pag. 557-558; Pellat, *Principes généraux du dr. rom. sur la propriété*, pag. 479-480; Appleton, *Publicienne*, pag. 326 e segg., ecc. — Tra gli antichi l'ammise Donello, *Comm. de iure civ.*, lib. V, cap. XIV, n. 12 (*Opera*, Florentiae, vol. I, 1841, pag. 1073). — La negano Unterholtzner, *Verjährungslehre*, I, § 116; Bechmann, *Ueber die « usucapio iudicati »*, 1860; Scheurl, *Beiträge*, II, pag. 82-83; Windscheid, § 179 in fine, ecc. — La nega anche Böcking, *Pand.*, II, § 146, n. 28, benchè ammetta il giuramento; e nella 7ª edizione delle Pandette anche Vangerow (I, § 320, n. 3), che l'aveva strenuamente difesa nella 6ª edizione.

Si può obbiettare che l'efficacia della cosa giudicata come titolo nasce dal fatto della pronunzia giudiziale. Ma chi ha dato al giudice questo potere? Egli non ha altra facoltà se non di riconoscere l'esistenza del diritto dell'attore di fronte al convenuto e obbligar questo alla riconsegna della cosa. La sentenza è dichiarativa, non costitutiva di diritti. Se altri sopravviene contro questo stesso attore, s'inizia un nuovo giudizio e il vincitore di prima può esser dallo stesso giudice condannato. Un bellissimo argomento *a contrario* di questo valore limitato della pronunzia giudiziale l'abbiamo appunto in quei casi espressamente determinati dal legislatore, in cui la pronunzia giudiziale ha veramente valore di titolo e modo di acquisto; cioè nei giudizi divisorî. Ed è un potere nuovo e distinto questa potestà di aggiudicare che si permette al giudice; distinto pure con una parte nuova ed eccezionale della formula. E d'altra parte, perchè mai, si consideri, il giudice ha questo potere, perchè l'*adiudicatio* è titolo e modo d'acquisto? Perchè, appunto, in simili rapporti attori e convenuti, che per comune vantaggio, senza lesione di alcuno, vengono esclusi reciprocamente dalla proprietà della parte divisa l'uno a favor dell'altro, *sono o s'hanno a presumere effettivamente proprietari;* possono insomma considerarsi come autori l'uno dell'altro.

Un solo testo potrebbe addursi (ne vengono addotti molti, ma così fuor di proposito ch'è un'uggia l'intrattenervisi) a favore dell'opinione affermativa, ed è la L. 3, § 1, D. *de Publ.*, 6, 2, ove Ulpiano, enumerando le *iustae causae* dell'azione Publiciana, dopo la *emptio-venditio bonae fidei* e la dote, soggiunge: « Item si res ex causa iudicati sit tradita ».

Se non che mi pare agevole intendere che questo testo si riferisca alla *solutio* della *causa iudicati* in un'azione personale; la *solutio* è stata isolata e si è affermata piuttosto tardi, almeno nel linguaggio, e par certo l'ultimo dei titoli nominati che abbia conquistato la sua autonomia. Inoltre,

l'abbiam visto più volte, *tradere*, *traditio* si adoperano dai giureconsulti romani per *solvere*, *solutio* (1).

Nondimeno tanto circa il giuramento come circa il giudicato la questione si può ripresentare sotto un altro aspetto: per la parte che riconosce il titolo putativo e abbandona in sostanza alla buona fede tutta la funzione giustificativa dell'usucapione, e per il nuovo diritto giustinianeo — se tale, come si può sin d'ora presumere, è la teoria del nuovo diritto — possono i due atti summentovati valere almeno come *iustae causae erroris?* In questo senso riconosce piena efficacia giustificativa alla sentenza il Windscheid, onde il Brinz lo cita senz'altro fra coloro che ammettono questo titolo, dichiarando apparente la sua opposizione; e se l'Appleton effettivamente dichiara titolo efficace la sentenza, ciò avviene appunto perch'egli intende la *iusta causa usucapionis* come *iusta causa erroris* (2).

---

(1) Tale efficacia limitata del giuramento e della sentenza esprimono i Romani nelle note massime: « ei enim soli debet nocere iusiurandum qui detulit » (L. 7, § 7, D. *de Publ.;* L. 3, § 3; L. 10, D. *de iur.;* L. 1 pr., *si mulier v. n.*, 25, 6), « res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre neque praeiudicium solent inrogare » (L. 1-4, C. *quib. res iud. non noc.*, 7, 56; Tit. Cod. *inter alios acta vel iudicata*, 7, 60). Si potrebbe opporre, è vero, che siffatti principî i Romani tornano a dichiararli pure a proposito della transazione o della divisione, che sono, senza dubbio, *iustae causae* reali. Ma, chi ben guardi, nei testi relativi alla transazione o alla divisione dagli esempi stessi è chiaro che, rispetto a queste cause generiche e complesse, con simili massime s'intende escludere che alcuni effetti possano recar danno a terzi, non già negare l'efficacia reale di esse. [Quanto alla L. 3, § 1, D., 6, 2, essa appartiene a un contesto in cui si enunciano casi d'*in bonis;* v. sopra l'*Editto publiciano*, pag. 413-414. Ciò spiega forse il linguaggio di Ulpiano. Nell'*in bonis* importa l'esistenza della *iusta causa*; meno importa la specifica determinazione di essa, quando a ogni modo è certo che il titolo deriva dal *dominus* e nulla vi ha d'illegittimo. Del resto dalla concatenazione della L. 4 di Paolo (vel solvendi causa) colla L. 3 parrebbe che Ulpiano non distinguesse ancora nettamente la *causa solvendi* o *pro soluto*].

(2) Appleton, *Publicienne*, I, pag. 330: « Mon erreur a été invincible, puisqu'un juge... s'y est laissé prendre et m'a cru propriétaire... Mon erreur a été *invincible partant excusable*, elle est justifiée par le jugement rendu en ma faveur, *ce jugement est donc mon juste titre* ».

Quanto a me nego al giuramento e al giudicato anche questa virtù. Pel giuramento la cosa è sino ad un certo segno intuitiva.

Posto che il giuramento non è *iusta causa usucapionis*, ch'esso stabilisce soltanto un rapporto obbligatorio tra chi l'ha deferito e chi l'ha prestato, che valore può avere l'atto in giudizio di fronte a un terzo che non l'ha deferito, se non quello di un'affermazione solenne della parte stessa, di cui si tratta appunto di provare l'integrità e l'onesto comportamento?

Ma la cosa non è diversa in fondo riguardo alla sentenza. Se pel nuovo giudice il giuramento non è che una affermazione solenne della parte, la precedente sentenza non è che l'opinione di un'altra persona, autorevole quanto si vuole, ma fallibile. Il fatto che quest'altra persona sia giudice e abbia giudicato in altra occasione sul diritto del possessore non significa nulla, se la vecchia sentenza non obbliga punto il nuovo giudice, e non è nemmeno *iusta causa usucapionis*.

Il nuovo giudice deve chiedere e vagliare esso stesso indipendentemente le cause che possono avere indotto in errore sul proprio buon diritto il possessore e sono atte a giustificare la sua buona fede. Vecchi giuramenti e vecchi giudicati avranno tutt'al più il valore di presunzioni morali indirette, da cui potrà il giudice esser messo in una disposizione benevola, ma che non lo esimono punto dal ricercare direttamente la prova della verità dei rapporti e della onestà del possessore.

Il giudicato potrà mettere fuori di contestazione il mio diritto, se io posso produrlo come *res iudicata;* ma di fronte ai terzi non è di sua natura un tale rapporto da giustificare il mio possesso di fronte a chiunque e mettermi in condizione di usucapire.

In conclusione: sentenza e giuramento non sono affatto *iustae causae usucapionis*, e dato pure che il nuovo diritto giustinianeo ammetta il titolo putativo sino alle ipotesi

estreme, non potranno valere nemmeno come *iustae causae erroris* (1).

10. Il titolo *pro suo* non indica alcuna *iusta causa* specifica. *Pro suo possidere* significa che si possiede in base ad una *iusta causa* e si può quindi usucapire, se già non si è proprietari (2). È insomma una denominazione *generica* esprimente che si ha la proprietà o una *possessio* atta alla usucapione (3).

Ciò è detto colla maggior nettezza da Ulpiano: L. 1, D. *pro suo*, 41, 10: « Pro suo possessio talis est. Cum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, et praeterea pro suo: ut puta ex causa emptionis

(1) [Dubito ora di questa conclusione ultima per diritto giustinianeo. Ammesso il *titolo putativo*, è facile sdrucciolare sino ad ammettere il giuramento e il giudicato: e probabilmente l'interpolazione verbale della L. 13, § 1, D., 12, 2, relativa al giuramento, e l'interpolazione mentale della L. 3, § 1, D., 6, 2, che probabilmente si vuol riferire ora a qualunque giudicato, manifestano le idee larghe e leste dei nostri compilatori, che non si confondono troppo per mantenere la precisione dei concetti].

(2) [In un testo si trova usato *pro suo* (non già *possidere pro suo!*) in un senso, che, invero, par corrispondere al carattere apparentemente ambiguo della locuzione, per significare non la *possessio ex iusta causa*, ma la *possessio* pura e semplice con *animus possidendi*, in antitesi al *tenere* del depositario: è la L. 68 (67) pr., D. *de furt.*, 47, 2, di Celso: « quem (annulum) cum deposito teneret, *habere pro suo* destinaverit » (la correzione del Mommsen è erronea). Se non che *habere pro suo* non è *possidere pro suo*. Secondo *il valore genuino delle parole romane* (cfr. in seguito: *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*) « *possidere pro suo* » sarebbe in questo senso un'espressione ridondante e falsa, perchè già il *possidere* implica il *pro suo* nel senso dell'*animus:* l'*habere pro suo* di Celso significa semplicemente *possidere*. Anche l'*habui, amavi pro meo* di Ter., *Ad.*, 48, ricordato dal Pernice, non è il *possidere pro suo*. Tutto ciò contro la pretesa moltiplicità di sensi della *possessio pro suo*, sostenuta ancora dal Pernice, *Labeo*, II, 1, 1895, pag. 392].

(3) Cfr. L. 13, § 2, D. *de us.*, 41, 3, e il chiaro scolio di Stefano alla L. 67, D., 23, 3: « Pro suo quidem possidemus quae *propria sunt vel propria esse existimantur*... Hanc autem pro suo possessionem, quae *generalis* est, etc. »].

et pro emptore et pro suo possideo, item donata, vel legata, vel pro donato, vel pro legato (vel *ins.*) (1), etiam pro suo possideo. Sed si res mihi ex causa iusta, puta emptionis, tradita sit et usucapiam, incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere. Sed an desinam ex causa emptionis post usucapionem, dubitatur: et Mauricianus dicitur existimasse non desinere ».

L'identico linguaggio tiene Paolo L. 3, § 4, D. *de a. vel a. poss.*, 41, 2: « Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant (meglio anche pel senso che ne risulta: *putent*) et eum, qui usuceperit, et pro emptore, et pro suo possidere (2) ».

Ma ciò si rileva viemeglio dal vedere questo possesso *pro suo*, sempre supposto *ex iusta causa*, in antitesi a tutti quei possessi che per una ragione o per l'altra non sono atti all'usucapione. Così Pomponio l'usa in opposizione alla *possessio pro furtivo*, com'egli chiama il possesso del ladro, vale a dire ad una *possessio pro possessore* qualificata (3); Paolo in opposizione a una *possessio pro alieno*, anch'essa *iusta*, ma non atta all'usucapione, come il possesso del creditore pignoratizio, o atta bensì, ma in forma anormale e in pro d'altri, come il possesso del mandatario (4). Finalmente anche Ulpiano usa la formula *pro suo* (*gerere pro suo*) per indicare che alcuno intende padroneggiare cose

---

(1) [Il Mommsen preferisce cancellare « vel pro donato vel pro legato »].

(2) [La correzione del Mommsen non ha nè scopo, nè grammatica; l'interpolazione supposta dal Pernice, l. c., pag. 393, 1, è senza base].

(3) L. 32 pr., D. *de us.*, 41, 3: « Si fur rem furtivam a domino *emerit et pro tradita habuerit*, desinet eam pro furtivo possidere et incipiet *pro suo possidere* ».

(4) L. 13 pr., e § 2, D. *de us.*, 41, 3. [Nello stesso ordine di idee Gaio osserva (L. 13, § 1, D. *de Publ.*, 6, 2) che « pigneraticiae et precariae possessione *iustae sunt* », ma sulla base di un possesso di simil natura non compete l'azione Publiciana, perchè nè il precarista, nè il creditore pignoratizio « eo animo nanciscitur possessionem, *ut credat se dominum esse* ». È chiaro pur sempre che la formula *possessio pro suo* è quasi nata per significare il possesso di colui che, avendo una *iusta causa adquirendi*, è in tal condizione *ut credat se dominum esse*].

dell'eredità, non per custodirle, e molto meno per far atto di erede, ma perchè le stima sue (*quod putavit sua*) (1).

Un'altra antitesi caratteristica pel significato di questa espressione, non meno che per il suo valore generico, la offre Gaio, il quale oppone la *possessio pro suo* a quelle specie anomale di possesso, pur esse ad *usucapionem*, ma senza sostrato vero di *iusta causa*, che costituiscono la *lucrativa usucapio* (2).

E perchè il titolo *pro suo* è, in ultima analisi, una formula astratta di qualunque titolo specifico, con essi si cumula come vengono a dire e mostrano per via d'esempio i due primi testi citati di Paolo e di Ulpiano. Ciò si rispecchia anche nel titolo più direttamente antitetico, cioè il titolo *pro possessore*, il quale alla sua volta subentra a qualunque titolo, ove per difetto di buona fede nel possessore esso non abbia virtù di conferire la *possessio pro suo*.

L. 13, § 1, D. *de her. pet.*, 5, 3: « Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. Denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta, mihi quasi dotem sciens accepi; et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo » (3).

Per gli stessi motivi la denominazione *pro suo* costituisce un ottimo rifugio per significare il possesso *ad usucapionem*, quando l'esistenza di una *iusta causa usucapionis* non è dubbia, ma il carattere ambiguo di essa ne rende

(1) L. 20, § 1, D. *de acq. her.*, 29, 2.

(2) L. 5, D. *de us.*, 41, 3.

(3) [Questa legge è certo rimaneggiata: *titulus* non è parola dell'uso classico. Nondimeno il suo tenore non osta ai principî classici].

incerta la figura. Così Papiniano, per significare l'usucapione che compie il figlio emancipato sugli oggetti del peculio non ritiratogli dal padre, dice ch'egli « pro donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usucapit » (1). Si vede che il giureconsulto s'immagina che possa fare impressione e indurre quasi nel dubbio circa l'usucapione il sentire che si usucapisce *pro donato* in base alla *non ademptio peculii*. E difatti nel frammento successivo egli stabilisce che, non ritirando il peculio allo schiavo manomesso, s'intende donato (donari videtur); il che fa che lo schiavo *ex iusta causa possidens*, soggiunge il giureconsulto, *usucapere rem possit* (2).

Finalmente questa denominazione è un rifugio necessario là dove, pur riconoscendosi una *iusta causa*, un rapporto reale di non-lesione altrui nella presa di possesso, le denominazioni specifiche fanno difetto assolutamente.

Così abbiamo visto che Proculo e Giuliano, Paolo e Ulpiano chiamano *pro suo* l'usucapione delle cose assegnate in dote, qualora avvenga prima del matrimonio (3). Similmente Pomponio, per significare l'usucapione compiuta dai figliuoli in base ad un rapporto abbastanza complesso di divisione dell'ascendente e ratifica, dice che l'usucapione delle *res alienae* trovate nel patrimonio paterno « procedet pro suo » (4).

E così avviene che la denominazione *pro suo* torna in acconcio per designare le cause originarie di acquisto o

(1) Fr. Vat., 260.

(2) Fr. Vat., 261.

(3) L. 67, D. *d. i. d.*, 23, 3; L. 1, § 2, D. *pro dote*, 41, 9; L. 2, *ibid.*; Fr. Vat., 111.

(4) L. 4, § 1, D. *pro suo* [Questa divisione dell'ascendente offre qualche dubbiezza, perchè in ciascun oggetto i figliuoli dovrebbero succedere nel rapporto paterno, malgrado la divisione (v. sotto al titolo *pro herede*): onde il titolo sarebbe putativo e il *pro suo* potrebb'essere interpolato come dalla mala collocazione arguisce il Pernice, *Labeo*, II, 1. pag. 403, n. 1. Non è tuttavia necessario al nostro oggetto ritenere questa interpolazione, perchè a ogni modo il titolo è innominato].

di usucapione, nelle quali è più che mai evidente che la *iusta causa* non è un *negozio*, bensì un *rapporto*, che può essere implicito in un negozio, ma può risultare altresì da un fatto, da uno stato delle cose, per cui nella coscienza comune non si viene a ledere alcuno, prendendone possesso. Paolo in effetto, il creatore di titoli autonomi e speciali, dichiara semplicemente *pro suo* il possesso delle *res nullius* che si occupano o delle *res* tolte al nemico (1), quello delle cose nuove ottenute mediante specificazione (2), delle accessioni, e finalmente dei parti e dei frutti (3). Circa quest'ultima categoria, parti e frutti, si può dubitare che s'abbia a ricorrere alla generica designazione *pro suo*. La condizione mutevole e ambigua dei prodotti delle cose frut-

(1) L. 3, § 21, D. *de poss.*, 41, 2; L. 2, D. *pro suo*, 41, 10.

(2) L. 3, § 21, D. *de poss.*, 41, 2.

(3) L. 2, D. *pro suo*. Degno di nota al riguardo è il modo con cui Paolo si esprime per significare che anche nell'usucapione de' parti si deve por mente alla buona fede iniziale, inteso quale inizio naturale del possesso il momento della nascita: « *Initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit* (L. 4, § 18, D., 41, 3) ». Sembra infatti che l'*emptio* si contrapponga a questo nuovo titolo. L'Appleton interpreta l'inciso in modo diverso, supponendo un'antitesi vera colla donazione, nella quale sarebbe stata necessaria la buona fede perpetua. Ciò per ispiegare la frase « eo tempore quo *experiar* » nella L. 11, § 4, D. *de Publ.*, di Ulpiano (*Publicienne*, vol. I, pag. 322, n. 77). Io sarei più inclinato ad accettare ivi la correzione di Cuiacio « *quo ea pariat* », o a supporre col Lenel un glossema passato nel testo ulpianeo. Quanto alle due costituzioni di Giustiniano, L. un., § 3, C. *de usuc. transf.*, 7, 31; L. 11, C. *de praescr. l. t.*, 7, 33, non è impossibile che vi si faccia una confusione diversa colla *lucrativa causa* delle usucapioni anomale, in cui la buona fede era indifferente e la *iusta causa* faceva sempre difetto. Ad ogni modo questo è certo che la frase usata da Giustiniano nella L. 11, Cod., 7, 33, « bona fide detinere », non può alludere, come suppone l'Appleton (l. c., pag. 321), ad una buona fede perpetua; una frase perfettamente analoga: « bona fide per decem vel viginti annos possidere », è usata nella celebre L. 8 pr., Cod. *de praescr., XXX vel XL annor.*, 7, 39. [Quest'ultima osservazione è esatta; peraltro il testo della L. 11, § 1, D. *de Publ.*, non è da emendare, e l'esigenza della buona fede perpetua nel titolo *pro donato* per diritto classico è stata messa, a mio avviso, fuori di dubbio dal Zanzucchi, *La « successio » e l'« accessio possessionis »*, n. 44 e segg., pag. 53 e segg. dell'estratto].

tifere, per cui, anche staccati dall'oggetto principale, ora si presentano come parti di esso, ora come cose nuove e distinte, fa sì che si possa riguardare come causa giustificativa dell'acquisto la stessa *iusta causa* della cosa produttiva. E sembra in effetto di rilevare circa la materia dei parti una oscillazione degna di nota tra i giureconsulti Romani. Giuliano estende senz'altro ai parti delle ancelle la causa stessa della madre; e Ulpiano, che vi fa richiamo, concorda con lui (1).

Potrebbe anch'essere pertanto che circa l'ammissione d'un nuovo titolo relativamente ai prodotti il modo di vedere di Paolo fosse isolato. Certo altrove egli, per giustificare come non siavi azione qualora venga evitto il parto d'una ancella venduta già pregna, porge semplicemente questo motivo: « quia partus venditus non est » (2). Tuttavia sulla stessa quistione Giuliano fa un più lungo ragionamento che mena perfettamente alla stessa logica illazione. Si è venduta una vacca e viene evitto il vitello nato dopo la compra-vendita. Non si può agire per l'evizione, giacchè non è stata evitta la cosa stessa, cioè la proprietà di essa, nè l'usufrutto, cioè in sostanza una parte del diritto di proprietà. Infatti, soggiunge il giureconsulto, quando diciamo che il vitello è frutto della vacca, intendiamo di significare la cosa o il prodotto materiale, non già il diritto d'usufrutto « non ius, sed corpus demonstramus » (3).

La divergenza ha un certo interesse per l'usucapione de' parti. Se infatti il possessore detiene in buona fede la madre, ma senza giusto titolo (4), non potrebbe usucapire neppure il parto, qualora il titolo del prodotto debba essere quello stesso della cosa produttiva. Così almeno doveano

(1) L. 33, § 3, D. *de us.*, 41, 3; L. 11, § 4, D. *de Publ.*, 6, 2. Cfr. anche la L. 9, 10, D. *pro empt.*, 41, 4.

(2) L. 42, D. *de evict.*, 21, 2.

(3) L. 43, D. *eod.*

(4) I casi più frequenti di tal genere ci sono offerti nel possesso in buona fede dell'erede apparente. V. § successivo.

decidere i fautori del titolo vero; egli è forse per questo che Paolo venne indotto a stabilire nettamente che il prodotto si possiede per un titolo nuovo, non *pro emptore vel pro donato*, ma *pro suo*.

Ora, ponderato quest'uso così semplice e naturale dell'espressione *pro suo*, io credo che sorga spontaneamente nell'animo il sospetto che l'idea comune che *pro suo* designi principalmente, o possa designare talvolta, il titolo putativo non sia che una mera fallacia. E di fatti essa è tale.

Ne' testi che sinora abbiamo citato una sola volta il negozio di cui si parla è, se non immaginario, almeno inefficace; ed accade nella L. 67, D. *de iure dot.*, 23, 3 di Proculo. Ma s'è visto pure che il titolo è detto da Proculo *pro suo* (1) non per esser putativo, ma perchè non si saprebbe altrimenti denominare; Giuliano, Paolo ed Ulpiano sono costretti a chiamarlo *pro suo*, anche quand'esso è ben reale; e certo Proculo non si trovava ai suoi tempi in migliori condizioni quanto alla terminologia giuridica.

Altri testi, da cui parrebbe che s'inducesse il carattere putativo del titolo *pro suo*, sono: la L. 3 e la L. 4, pr. e § 2, *pro suo* di Pomponio, la L. 27, *de us.* di Ulpiano, e la L. 5, *pro suo* di Nerazio.

Se non che nella L. 3 e nella L. 4, § 2, Pomponio, come già si vide a suo luogo, discutendo di queste leggi (2), non s'interessa affatto di rilevare se il titolo sia vero o putativo. Anzi nel caso della L. 3 un titolo reale v'ha certamente nella *solutio*, e si potrebbe supporre che lo stesso fosse in origine nel caso della L. 4, § 2. Se Pomponio si riferiva ad un legato per *damnationem*, egli avrebbe chiamato questo possesso *pro soluto*, qualora la *possessio pro soluto* fosse stata distinta o definita al tempo suo; il che si vide che non era. Laonde egli non fa nella specie se

(1) [Noi non conveniamo col Pernice, come si è detto al titolo *pro dote* (§ 5), nel ritenere il testo in questa parte interpolato].

(2) V. § 3, *pro soluto*: § 8, *pro legato*.

non dichiarare che v'ha un possesso abbastanza giustificato per condurre all'usucapione, e si esprime colla solita qualifica generica.

Nella L. 4 pr., Pomponio enuncia una regola ch'è verissima, all'infuori dell'applicazione erronea ch'egli ne fa: « neque idem et pro suo et clam possidere potest ». Ora è questo un principio generale della *possessio ex iusta causa*, e lo si è malamente frainteso, restringendolo ad un senso particolare della *possessio pro suo* (1).

(1) Il principio è verissimo, come dico, ma precisamente perchè nella *iusta possessio*, come nella *possessio bonae fidei*, ciò che decide è l'inizio o il momento della presa di possesso. Anche nella L. 40, § 2, D. *de a. vel am. poss.*, 41, 2, estratta dalle *Quaestiones* di Africano, si suppone tra la *bonae fidei possessio* e la *iusta possessio* tale rapporto: ma si decide precisamente, in senso contrario a Pomponio, che, venendosi a conoscere in seguito che lo schiavo posseduto in buona fede appartiene ad altri, il celarsi alla rivendicazione del proprietario non rende il possesso clandestino.

La specie di Pomponio, L. 4 pr., *pro suo*, è molto analoga. Si tratta del parto di un'ancella furtiva, e Pomponio nega l'usucapione di esso al possessore di buona fede, presso cui è stato concepito ed è nato, qualora il possessore, in qualunque momento dopo la nascita, ma innanzi al compimento dell'usucapione, venga a notizia che l'ancella era d'altri, e si celi al proprietario, cioè non lo avverta, potendolo fare. Pomponio giustifica il suo avviso con la regola in quistione; ma si vede che egli è preoccupato della furtività dell'oggetto, e gli pare che questo sia uno di quei casi in cui il contegno leale si deve serbare per tutto il decorso dell'usucapione. Questa specie di buona fede perpetua si esige veramente in alcune singolari ipotesi, nelle quali il difetto della causa è *ab initio* noto al possessore, ma non è tale difetto da escludere l'usucapione, bensì da permettere al proprietario, prima che essa si compia, la revoca del consenso dato o presunto: sono i casi della L. 5 pr., *pro der.*, 41, 7, dello stesso Pomponio, il caso della L. 28, *de nox. act.*, 9, 4, di Africano, il caso deciso da Giuliano nel *Fr. Vat.*, 1, di Paolo. In simili casi è giusto che il possessore, il quale accetta, per dir così, questa condizione di cose, non tenti mai di sottrarsi alla eventuale restituzione, innanzi che il decorso dell'usucapione lo assicuri. Ma perchè esigere la stessa continuazione di contegno leale dal possessore del parto, che ignorava ancora al momento della nascita la furtività dell'ancella? Perchè decidere che egli principia dal momento della scienza a possedere *clam*? Il motivo sarà naturalmente diverso: Pomponio deve supporre che la scienza posteriore rende la

Nella L. 27, D. *de us.* di Ulpiano, l'inciso « pro suo usucapere eum posse » è probabilmente un glossema, perchè staccato grammaticalmente dal resto del periodo; ed il

cosa affetta da vizio di furtività, pur cessando l'azione di furto contro il possessore a cagione della sua buona fede iniziale. La decisione sarebbe, in ultima analisi, quella che Ulpiano enuncia per il caso in cui la nascita del parto abbia avuto luogo bensì presso il possessore di buona fede, ma la concezione presso il ladro (L. 48, § 5, D. *de furt.*, 47, 2). Essa corrisponde, nel caso presente, al rigorismo di Pomponio in materia di buona fede e di furto. Nè, dopo tutto, la sua opinione è punto irragionevole: in sostanza, la buona fede iniziale è un *minimum* tenuto fermo, perchè, come abbiamo stabilito, in qualunque delle varie forme che ebbe ad assumere il limite segnato all'acquisto mediante il possesso (assenza di furto, *iusta possessio*, *iusta causa*, *bona fides*), il principio era di aver riguardo alla presa di possesso della cosa. Ma l'aspirazione a una buona fede più pura e quindi perpetua poteva ben trovare un appiglio a realizzarsi là dove l'incontro d'altri principî, come quelli del furto, porgeva il destro di farlo senza ribellarsi apertamente al principio stesso. [Il Pernice, *Labeo*, II, 1, 1895, pag. 403, n. 1, pag. 455, reputa interpolata tutta la discussione attribuita a Pomponio: *ego sic puto*, etc.: il che mi sembra eccessivo. Cfr. Riccobono, *Sulla* L. 4, D. *pro suo*, in *Studi senesi per L. Moriani*]. Comunque sia, l'opinione di Pomponio non prevalse. Non solo Trebazio o Nerazio citato da Pomponio, ma Giuliano e appresso lui Paolo e Ulpiano decidono ripetute volte la questione e non dànno mai a intendere che ad usucapire il parto dell'ancella furtiva si guardi a un qualunque momento posteriore alla nascita, quando la concezione e la nascita sieno avvenute entrambe presso il possessore di buona fede (Cfr. Iul., L. 26, D., 1, 5; L. 33 pr., D. *de us.*, 41, 3; L. 10, D. *pro empt.*, 41, 4; Ulp. (Iul.), L. 11, §§ 2, 4, D. *de Publ.*, 6, 2; L. 48, § 5, D. *de furt.*, 47, 2; ma sovrattutto chiarissimo Paul., L. 4, § 18, D. *de us.*, 41, 3. Cfr. anche le decisioni imperiali: Alex. Sev., L. 3, C. *de us. pro empt.*, 7, 26; Diocl., L. 12 pr., C. *de furt.*, 6, 2). Paolo espressamente nota che la scienza posteriore non importa, perchè *initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit*. Per le *res alienae* pare che fosse sufficiente la buona fede al momento della presa di possesso *della madre* (Papinianus, L. 44, § 2, D. *de us.*, 41, 3), nella stessa guisa che si trasporta al prodotto la causa della madre. Ma è assai probabile che la opinione genuina di Papiniano si riferisse anche ai parti delle ancelle furtive [Io ritengo ora che tale fosse l'opinione generale, all'infuori di Paolo, e che il riferimento al parto della causa d'acquisto della madre, sul quale insiste Giuliano e dietro lui Ulpiano, avesse anche questo senso. Paolo sembra molto proclive alla creazione di titoli autonomi (cfr. il titolo *pro soluto* e la L. 2, D., 41, 10), conforme al suo spirito

Mommsen lo considera come tale (1). Ma, prendendo anche l'inciso come genuino, non offre guari difficoltà. S'intende, al solito, che, per i fautori del titolo putativo era possessore *pro suo* anche chi possedeva in base ad un titolo putativo.

Rimane il testo di Nerazio, L. 5, *pro suo*: « Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. Quod tamen ita, etc. ».

Non si usa da Nerazio l'espressione *pro suo*, ma veramente par che si contrapponga una simile *possessio* alla *possessio ex aliis causis*. Se non che, a parer mio, è evidente l'interpolazione dell'inciso, « etiam ex aliis causis concessa interim » (2). Anche questo inciso è sgrammaticato (il

---

d'analisi e all'attività assolutamente preminente da lui esercitata in tema di possesso e di usucapione. Forse anche la tesi di Paolo non era assolutamente nuova (cfr. per analogia la L. 7, § 1, D., 44, 2, richiamata dal Riccobono, l. c.): è anche possibile che la buona fede perpetua si esigesse da Pomponio in questo caso perchè, concepita questa causa come un titolo autonomo e originario, pareva più analoga alla donazione che non alla compra-vendita].

(1) [Il Pernice, l. c., pag. 398, reputa più a buon dritto quelle parole interpolate dai compilatori].

(2) Ciò ritiene anche Cuiacio, *Ad Tit. Pro suo*, L. 5; *Opera*, vol. I, pag. 1150. [Noi riteniamo ora (cfr. sopra pag. 526, n. 1 e 2) che l'interpolazione dell'inciso *etiam ex aliis causis, etc.*, sia stata eseguita, in quanto il tenore originario del discorso, sostituito da quelle parole generiche, alludeva all'usucapione sulla base dell'*in bonis:* certo quel che segue per la concezione e per la motivazione (*nostra existimantes... ut aliquis litium finis esset*), concerne le cose trasferite *non a domino*, cioè la *possessio bonae fidei.* Cfr. analogo giro in Gaio, II, 41-42: usucapione delle cose trasferite *a domino* (*in bonis*); II, 43-44: usucapione delle cose « quae *non a domino* nobis traditae fuerint, si modo eas bona fide acceperimus, *cum crederemus*, etc. Quod ideo receptum videtur (cioè questa seconda usucapione) ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino, etc. ». È manifesto come questa interpolazione getti la sua piena luce su quanto sosteniamo nel testo. L'usucapione in base a titolo putativo è un'ipotesi particolare, subordinata,

Mommsen corregge *interim* in *interdum*) ed interrompe la enunciazione del principio; e il principio non è altro che una generale giustificazione dell' istituto dell'*usucapio*. « Ea quae nostra existimantes possideremus » non sono necessariamente le cose che si posseggono in base a titolo putativo, ma anche quelle che si posseggono in base a titolo vero.

L'enunciazione del titolo putativo, della *falsa existimatio* sostenuta da un *probabilis error*, è fatta da Nerazio soltanto in seguito come un'applicazione speciale di quel principio generale (1).

11. Veniamo da ultimo al titolo *pro herede*. Sarebbe questo un titolo duplice di usucapione, ed è altresì, mas-

che concerne le cose trasferite *non a domino*, le cose *quae nostra existimantes possideremus*, cui espressamente questa ipotesi si riferisce (Sed id quod quis, *cum suum esse existimaverit*, possederit, etc.].

Il PERNICE, *Labeo*, II, 1, 396, 5 (2ª ediz., 1895), dichiara interpolata tutta la prima parte, come troppo dottrinaria: che cosa vi fosse originariamente nel testo, egli prosegue, non è possibile stabilirlo (*lässt sich nicht feststellen*). L'ALIBRANDI, *Possesso*, 124 (*Opp.* 513), reputò invece interpolata tutta la seconda parte. Errata la prima tesi, troppo radicale la seconda, la quale tutt'al più si potrebbe ritenere per le parole che seguono: *Quod tamen ita, etc.:* su di che in seguito].

(1) [La trattazione del *pro suo possidere et usucapere* nel capitolo così intitolato in PERNICE, *Labeo*, II, 1, 1895, pag. 391-405 (cfr. anche 453-455), è irta e oscura per la molteplicità di sensi erroneamente attribuiti alla *possessio pro suo*, i dubbî critici eccessivi e la prolissità della esposizione; nondimeno la conclusione essenziale del Pernice, che il valore putativo del titolo *pro suo* sia giustinianeo (cfr. specialmente pag. 307, 404, 455), è anche la mia, e giova tanto più a ribadire i miei risultati, in quanto è ottenuta indipendentemente, perchè il Pernice ignorava i miei studi. — Le stesse conclusioni sono pure accolte in sostanza dal PEROZZI, *Ist.*, I, pag. 420, testo e n. 1: osservo peraltro che non tutti i giureconsulti convengono che il titolo della madre trapassi nel parto (v. sopra, pag. 634 e segg.; 637-939, n. 2), onde non si può asserire col P. che le cause originarie d'acquisto sieno necessariamente putative, anzi ammettere la causa originaria e parlar di titolo putativo è in certo modo una contraddizione in termini; nè è esatto il concetto del Perozzi circa l'essenza dell'usucapione e il suo svolgimento; su di che v. sopra, pag. 538, n. 2, e 546].

sime in una delle sue forme, il più oscuro ed insieme il più elaborato di tutti. Anche prescindendo dalla *lucrativa pro herede usucapio*, di cui l'esistenza antica ci è stata rivelata per la prima volta dalle Istituzioni di Gaio, il titolo *pro herede* del diritto giustinianeo ha una sua propria letteratura.

Le difficoltà di questo titolo nascono, per mio avviso, dalla sua equivoca origine; ed io credo che il concetto generale della *iusta causa* sarà anche qui la miglior guida per l'intelligenza di esso e per l'esegesi de' testi.

Il titolo e l'usucapione *pro herede* hanno, come ho detto, una doppia faccia: o s'intende l'usucapione di cose *falsamente* credute ereditarie a favore dell'erede *vero*, ovvero l'usucapione di cose *veramente* ereditarie a favore dell'erede *apparente*.

Esaminiamo dapprima la pretesa *usucapio pro herede* dell'erede vero. Se si tien presente il concetto della *iusta causa usucapionis*, già in astratto risulta chiaro che la *hereditas* non ne ha la natura. L'eredità è bensì una causa e anche insieme, come il legato, un modo di acquisto, almeno coll'adizione; ma non è causa d'acquisto della proprietà più di quel che lo sia per i diritti di pegno, di usufrutto o anche pei rapporti obbligatorî di deposito, di locazione e simili. Essa è *causa che giustifica l'acquisto di quei diritti, che il defunto aveva*; e se il defunto aveva la proprietà, sarà giustificato l'acquisto della proprietà; ma se il defunto era usufruttuario o locatario o comodatario, non sarà giustificato se non l'acquisto del diritto reale di usufrutto o delle facoltà di tenere, di usare e simili, che sono il contenuto del diritto del locatario o del comodatario. Che l'erede s'immagini di esser divenuto proprietario degli oggetti che il defunto teneva a titolo di comodato o di deposito, ciò non muta il rapporto in ordine alla *iusta causa*, ma significa soltanto ch'egli è in buona fede; ed è anche una buona fede la sua che per il fatto mero dell'eredità non si può dire nemmeno basata su d'un errore scusabile, perch'egli

deve sapere che, diventando erede, non fa che succedere in quei diritti che sulle cose aveva il defunto. La specie è molto analoga al caso di colui che, ricevendo appunto degli oggetti in deposito, intenda malamente che il proprietario glieli regali; non v'ha certamente *iusta causa*, perchè il deponente non vuole punto rinunciare alla cosa a favore dell'accipiente. Ora l'erede come successore è precisamente nella posizione del depositario; può credersi in perfetta buona fede proprietario, ma in realtà è subentrato nel rapporto di deposito.

Ancor più evidente è poi l'assenza di *iusta causa*, se il defunto non possedeva affatto la cosa per nessun titolo.

Ora questo risultato del ragionamento è così pienamente confermato dai testi che non si sarebbe mai dovuto dubitare della niuna consistenza di questo titolo di usucapione, se alla confusione de' concetti non si fosse aggiunta la mala interpretazione di qualche legge oscura o fuori di posto.

Anzitutto i giureconsulti fautori del titolo vero sono affatto muti su questa usucapione (1). Solo in due rescritti di Diocleziano si esprimono ipotesi di tal genere, ma si nega in entrambi che possa aver luogo l'*usucapio* o la *longi temporis praescriptio*, che ne' rispetti della *iusta causa* venne a essere modellata sulla *usucapio*, precisamente perchè nella specie non v'ha titolo.

L. 4, C. *de us. pro her.*, 7, 29, Diocl. et Max. Serapioni: « Uusucapio non praecedente vero titulo procedere non potest: nec prodesse neque tenenti, *neque heredi eius potest: nec obtentu velut ex hereditate, quod alienum fuit*, domini intentio ullo longi temporis spatio absumitur (a. 294) ».

(1) In un caso analogo, la *bonorum emptio*, Paolo, richiamandosi all'autorità di Trebazio, nega l'usucapione per le cose che erano semplicemente depositate presso colui di cui si compra il patrimonio in blocco. V. L. 2, § 7, D. *pro empt.*, 41, 4. Eppure qui l'errore è ben più giustificato nell'acquirente e non pare che saremmo tanto lontani dalla *iusta causa*.

L. 4, C. *de praescr. l. t.*, 7, 33, Diocl. et Max. Hermog: « Diutina possessio *iure tantum successionis sine iusto titulo* obtenta prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest (a. 293) ».

Si noti che i testi riferiti negano l'usucapione con un tal giro di parole che dimostra come, anche se v'era chi l'ammettesse in simili ipotesi, non la si doveva chiamare *pro herede*. E d'altra parte se l'*hereditas*, il *ius successionis* non è *iustus titulus*, come ora si dice in entrambi, non potrà già divenir tale, perchè s'ammetta il titolo putativo; i fautori di questo prescindono dalla realtà della *iusta causa*, ma non ne alterano la natura. L'essere il primo testo collocato nel titolo *pro herede* non significa tutt'al più se non l'incoscienza dei compilatori: d'altra parte nel Codice manca il titolo *pro suo* (1).

I fautori del titolo putativo erano bensì tratti a riconoscere l'usucapione in simili casi; ma la riconoscono o in base al titolo speciale, che l'erede suppone avesse il defunto, o al titolo *pro suo*. Ciò risulta con perfetta evidenza dal testo fondamentale di Nerazio intorno al titolo putativo: quale esempio di *probabilis error* il giureconsulto adduce precisamente anche il caso « quod servum eius, cuius in locum hereditario iure successi, *emisse* id falso existimem » (2).

(1) Anche Gaio sembra ignaro di questa usucapione. L'erede non commette furto, se vende cosa che crede appartenere al defunto; ma solo il terzo, cui vende, può usucapire: Gai., II, 50. Cfr. anche gli estratti giustinianei: § 4; 6, I. *de us. et l. t. pr.*, II, 6; la L. 36 e la L. 37 pr., D. *de us.*, 41, 3: la prima dalle *Res cottidianae*, la seconda dalle Istituzioni.

A torto però il Fitting (*Archiv für civ. Pr.*, 52, pag. 258) argomenta contro questa usucapione dalla L. 1, Cod. *pro herede*, la quale doveva riferirsi in origine, come diremo, alla *lucrativa pro herede usucapio*.

(2) Cfr. anche Pap., L. 44, § 4, D. *de us.*, 41, 3: « Idem dicendum erit (cioè corre l'usucapione) et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem *emptam* non levi praesumptione credat ». L'usucapione è sempre *pro emptore* [L'Alibrandi, *Possesso*, 125; *Opp.* 314, stima interpolato così il testo di Nerazio come quello di Papiniano: su di che v. nella discussione sul titolo putativo, specialmente pag. 674, n. 1, e pag. 677].

Per l'esistenza di questa usucapione *pro herede* si adduce la L. 3, D. *pro her.* di Pomponio: « Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere ». Ma in questa legge non si dice punto che l'usucapione avvenga *pro herede*. Conforme a Nerazio, Pomponio doveva ammettere l'usucapione al titolo specifico o al titolo *pro suo*; e la L. 3 venne collocata solo dai compilatori in questo titolo *pro herede*.

Certo è però che la legge ammette l'usucapione. La cosa più probabile, e le parole del testo vi si confanno, è che Pomponio e i *plerique*, che saranno quei della sua parte, intendessero di riferirsi a cose di cui il defunto non ebbe nemmeno il possesso, benchè l'erede le trovi per avventura tra i beni ereditari o le confonda per un suo errore con quelli.

Rispetto alle cose che il defunto già possedeva, pare impossibile che anche i fautori del titolo putativo non avvertissero che l'erede non può se non ereditare il rapporto del defunto (1).

Per diritto giustinianeo resta pur sempre a risolvere la contraddizione coi due rescritti di Diocleziano. È possibile tuttavia che l'accoglimento di testi contraddittorî nelle due parti del *Corpus iuris* non sia da attribuire a distrazione dei compilatori, bensì al non vedere essi, colle loro idee circa la *iusta causa usucapionis* e la *iusta causa erroris*, una vera e propria contraddizione tra il frammento di Pomponio e i rescritti imperiali: il che risulterà chiaro dalle conclusioni del presente studio.

Per quel che riguarda adunque la *usucapio pro herede* del vero erede essa non esisteva nel diritto classico e non esiste nel diritto giustinianeo. La designazione *pro herede* è adoperata bensì a indicare il possesso del vero erede, ma

(1) Del resto l'opinione dominante è per l'usucapione *pro suo* e in termini appunto così ristretti. La L. 3, *pro herede*, viene considerata come una *Lex fugitiva*.

corrisponde in tal caso al senso generico del possesso *pro suo* e si cumula necessariamente con un altro titolo (1).

12. Se da questa pretesa usucapione *pro herede* dell'erede vero ci volgiamo all'altra dell'erede apparente, non pare che dovremmo giungere a risultato diverso. In astratto, nemmeno qui v'ha un titolo, anzi il nome stesso ci avverte del difetto di esso. L'erede presunto, *apparente*, non è erede, par chiaro; mentre chi ha comperato o ricevuto in donazione, sia pure da chi non era proprietario, è, a ogni modo, compratore e donatario. Senza dubbio l'erede apparente sarà indotto in errore da qualche fatto: egli sarà stato istituito, per esempio, in un testamento che venne poi revocato dal testatore. Ma un testamento revocato è un atto nullo in diritto, e anche in fatto potrà essere bensì un'ottima giustificazione per la sua buona fede, una *iustissima erroris causa*, ma non mai *iusta causa usucapionis*.

Nondimeno, scendendo all'esame de' testi giustinianei, si avverte, chi ben guardi, un fatto singolarissimo: non solo parlano le fonti di *possessio* e *usucapio pro herede*, ma inoltre a questa usucapione *si riconnettono le regole particolari, che erano proprie dell'antica lucrativa pro herede usucapio*, nè è più il caso ormai di ricorrere ai ripieghi della vecchia dialettica esegetica per spiegare caso per caso certe strane affermazioni.

Che cosa dobbiamo indurre da ciò e che cosa conviene stabilire per diritto giustinianeo? La mia opinione è ispirata a quella messa innanzi per la prima volta dall'Arndts e divenuta per qualche tempo la opinione dominante. La usucapione dell'erede apparente, secondo Arndts, non è essenzialmente distinta dall'antica *usucapio lucrativa pro herede*, in quanto anch'essa è stata assoggettata *per ragioni di equità* alle stesse cause di revoca (2). Se non che la mia tesi è

(1) Paul., L. 3, § 4, D. *de poss.*, 41, 2.

(2) V. Arndts, *Ueber die « Usucapio pro herede »* (*Civ. Schr.*, Stuttgart 1873, I, pag. 125-142). Accolsero l'opinione dell'Arndts l'Unterholzner,

radicale: l'usucapione dell'erede apparente non era nel diritto antegiustinianeo se non un'applicazione dell'antica *lucrativa pro herede usucapio*, ed era *naturalmente* soggetta alle stesse regole. L'*usucapione lucrativa* non fu distrutta nè dal senatoconsulto di Adriano, che la rese innocua, stabilendone la revoca, nè dall'introduzione del *crimen expilatae hereditatis*, in seguito alla quale ultima disposizione si potè richiedere tutt'al più la buona fede, cioè la credenza di essere erede, per poter usucapire. Trapassata dalle fonti del diritto classico nella compilazione giustinianea, essa costituisce nel nuovo diritto una usucapione abbastanza anomala, il cui titolo è sempre putativo; anomalia resa più grave dal fatto che, salvo il tempo e l'indifferenza della buona fede (sulla cui esigenza assoluta Giustiniano espressamente insiste e la riafferma persino nella *pr. XXX annorum*), le molte specialità dell'antica *lucrativa usucapio* ricompaiono anche nel diritto giustinianeo.

La dottrina dell'Arndts non è pertanto se non un addentellato e un momento della mia tesi. L'Arndts non vide che l'usucapione dell'erede apparente era anch'essa anomala di fronte all'esigenza del giusto titolo: la sua dimostrazione inoltre si restringeva al momento della revocabilità e anche nella discussione su questo momento era in parte errata. Ciò spiega com'essa sia stata vittoriosamente oppugnata da un acuto romanista della nostra scuola, l'Ascoli, il quale tornò a stabilire una netta separazione tra l'usucapione dell'erede apparente, che sarebbe stata sempre un'usucapione ordinaria, governata dalle regole comuni, e l'usucapione lucrativa, le cui regole non sarebbero mai state applicate alla prima (1). La sua critica dell'opinione dell'Arndts è con-

il Huschke, il Fitting, il Mühlenbruch, il Brinz, il Leist, il Vangerow, il Windscheid e anche altri. Come l'Arndts, tutti insistono esclusivamente sulla revocabilità, alla quale andrebbe soggetta anche l'usucapione dell'erede apparente di buona fede.

(1) Ascoli, *Studi sull'usucapione « pro herede »* (*Arch. giur.*, XXXVIII, 1887, pag. 317-359).

dotta con tale stringente dialettica e tale felicità di risultati in alcuni punti, che sorprende e persuade il lettore, e persuase in realtà i miei colleghi italiani; nondimeno io credo che la combattuta dottrina dell'Arndts fosse innegabilmente più prossima al vero e, messa in un quadro più ampio, anche la tesi della revocabilità possa di nuovo esser dimostrata in modo più completo ed efficace.

Anzitutto il presupposto, da cui anche l'Ascoli prende le mosse, che nell'usucapione dell'erede apparente siavi un titolo vero, non è esatto. Il suo modo di esprimersi e l'escludere, come egli fa, il testamento nullo per difetto di forme « perchè la falsa opinione di essere erede si basa su di un errore di diritto » mostrano ch'egli intende come una stessa cosa la *iusta causa usucapionis* e la *iusta causa erroris*. Forse, non preoccupato dalla sua tesi, a una simile opinione l'Ascoli non si sarebbe fermato: egli scorge perfettamente che l'espressione *usucapio pro herede* non può avere lo stesso significato, che hanno le espressioni *usucapio pro dote, pro emptore* e simili. « Mentre queste ultime stanno ad indicare il titolo dell'usucapione in quanto si usucapisce, perchè si è avuto *effettivamente* in dote o si è comprato, la determinazione *pro herede* non indica *che la qualifica del possesso e ciò che costituisce la buona fede* » (1). Precisamente!

Argomenti però più gravi e decisivi ci sono forniti dall'esame esegetico dei testi. In primo luogo abbiamo tutta la serie dei principî dell'antica *usucapio lucrativa*, che fanno bella comparsa nei testi giustinianei.

Esaminiamoli distintamente ciascuno, incominciando da quelli già prodotti dall'Arndts e seguaci e ribattuti dall'Ascoli.

1° La *lucrativa pro herede usucapio* non era possibile se non a patto che l'erede non avesse ancora preso possesso delle cose ereditarie.

(1) Ascoli, loc. cit., pag. 318.

Questa regola, della quale io discorsi altrove la ragione (1), è messa quasi come requisito fondamentale da Gaio (2).

Ora lo stesso principio troviamo applicato all'usucapione dell'erede apparente in un testo giustinianeo, la L. 29, D. *de us.*, 41, 3: « Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi. Propius est, ut usu eas capere non possis, quia *nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est* neque aliam ullam habes causam possidendi. Ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. Idem dicimus, si tu quoque existimes te heredem esse: nam hic quoque *possessio veri heredis* obstabit tibi ».

L'Ascoli sostiene che nell'ultimo inciso (*Idem dicimus. etc.*) Pomponio si riferisca sempre alla *usucapio pro herede* del possessore di malafede. Egli ragiona così: anche se Tizio è in buona fede, egli non può usucapire perchè nella specie non ha titolo; avrebbe almeno potuto approfittare della *usucapio lucrativa pro herede?* No, perchè ad ogni modo il suo possesso è posteriore a quello del vero erede (3).

Per un testo, che a prima vista sembra in così aperta contraddizione con la tesi dell'Ascoli, l'interpretazione è ingegnosa. Nondimeno l'impressione d'uno sforzo rimane, massime di fronte all'interpretazione dell'Arndts, per la quale non fa d'uopo se non conoscere Gaio e la regola summentovata.

Sia di buona, sia di mala fede il possesso, Pomponio discorre sempre di *usucapio pro herede* e trova sempre un ostacolo alla sua realizzazione nella *possessio veri heredis.* L'Ascoli deve per lo meno convenire che il testo *si può* intendere, e con più naturalezza, nel senso del-

(1) V. la mia « *Iusta causa* » *dell'usucapione* (*Riv. it. per le sc. giur.*, vol. XV, 1893, pag. 173-175; 181-185 [V. sopra, pag. 482-484; 488-493 e in seguito n. X, *I limiti originari dell'usucapione*].

(2) Cfr. Gai., II, 52; III, 201.

(3) Loc. cit., pag. 328-329.

l'Arndts. Senza dubbio l'interpretazione logica può restituire il vero significato di un testo anche in opposizione alla sua letterale espressione; ma per abbandonare l'interpretazione letterale e naturale conviene che vi siano motivi gravi; ed invece nel caso nostro vi saranno motivi gravi per non discostarsene.

Secondo l'Ascoli tale frammento non avrebbe più significato pratico nel diritto giustinianeo e resterebbe nei Digesti come una reminiscenza storica. Con questo metodo vedremo che le reminiscenze storiche non si contano (1).

2° In virtù del senatoconsulto di Adriano la *lucrativa pro herede usucapio* è soggetta a revoca di fronte all'erede che intenti la *hereditatis petitio* (2).

---

(1) L'Ascoli comincia dall'osservare, circa questo frammento, che nel nuovo diritto la risposta alla questione di Pomponio non può esser dubbia. « La *traditio* fatta *a domino*, come è l'erede per rispetto alle « cose ereditarie, trasferisce la proprietà nell'altro in qualunque caso, « sia egli di buona o mala fede. Perciò, nel caso in quistione, Caio « sarebbe divenuto proprietario delle cose ereditarie, e a Tizio non « rimarrebbe altro mezzo, per ritener ciò che ha dato, che agire per- « sonalmente contro Caio con una *condictio sine causa*. Ma in diritto « classico e ai tempi di Pomponio la cosa era ben differente. La *tra- « ditio* di *res mancipi*, anche se fatta *a domino*, non trasferiva la pro- « prietà quiritaria, ma solo per mezzo di usucapione poteva questa « acquistarsi » (l. c., pag. 327). Ma nella specie, soggiunge poi, l'usucapione regolare non è possibile, perchè manca il titolo (« neque aliam ullam habes causam possidendi »). — Ora, tutto ciò non è interamente esatto. Tanto nel diritto classico, quanto nel diritto giustinianeo, la *nuda traditio* non trasferisce la proprietà, *nemmeno se l'accipiente sia in perfetta buona fede*. Occorre una *iusta causa* eguale a quella dell'usucapione, anzi più sicura e consistente, perchè non si ammette certo a sostituirla il titolo putativo. Se, adunque, la *iusta causa* manca per l'usucapione, mancherà pure per la tradizione. Nella specie, poi, l'erede vero consegna all'altro le cose ereditarie, credendolo coerede, vale a dire *credendolo proprietario*, come è lui. Abbiamo una *nuda traditio*, una *traditio* in funzione di consegna, che potrà tutt'al più raffigurarsi come una *solutio possessionis*. Se la *traditio* avviene in base ad una transazione, allora avremmo *iusta causa* e passaggio di proprietà: altrimenti l'erede che ha consegnato conserva intatta la *rei vindicatio*.

(2) GAI., *Inst.*, II, 57.

L'Arndts reca più testi a dimostrare che tale revoca sussiste ancora per la usucapione dell'erede apparente nel diritto giustinianeo. In primo luogo le due seguenti costituzioni di Diocleziano.

L. 7, Cod. *de pet. her.*, 3, 31, Diocl. et Max. Restitutae: « Hereditatis petitionem, *quae adversus pro herede vel pro possessore possidentem exerceri potest*, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum est, quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. § 1. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit (a. 294) ».

L. 4, Cod. *in q. c. cessat l. t. pr.* 7, 34, Diocl. et Max. Liviae: « Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum *his qui nec pro herede nec pro possessore*, *sed pro emptore vel donato seu alio titulo* res quae hereditariae sunt vel fuerunt possident, cum ab his successio vindicari non possit, *nihil haec iuris definitio noceat* » (senza data).

L'Ascoli, premessa una discussione sulla natura dell'azione ereditaria, conclude con giustificare le decisioni imperiali per altro rispetto: « Se alla petizione di eredità avesse potuto opporsi la *praescriptio longi temporis* questa avrebbe avuto per effetto la totale esclusione dell'azione, poichè il carattere delle eccezioni è di essere vere condizioni negative della condanna, dimodochè solo se il giudice è convinto che il fatto posto nella eccezione non esiste deve condannare, altrimenti assolvere... Diocleziano nei due testi citati afferma che la *praescriptio longi temporis* non può valere come eccezione ad escludere la H. P., perchè ne resterebbe indubbiamente danneggiato l'erede; non nega però che chi colla *usucapio* o colla *longi temporis possessio pro herede* ha acquistato la proprietà od altro diritto reale possa valersene anche contro l'erede. Invece che trovar luogo una vera *exceptio* però spetta al giudice soltanto nella determinazione della condanna tener conto dell'avvenuta

prescrizione e condannare il convenuto alla restituzione delle sole cose non prescritte » (1).

Fra le varie interpretazioni proposte per render conto del diverso trattamento del titolo *pro herede* rispetto agli altri titoli, questa dell'Ascoli è degna non solo di essere a preferenza rilevata, ma la sua eleganza, malgrado il troppo sottile ragionamento, potrebbe vincerla sulla intuitività banale dell'interpretazione dell'Arndts. Io mi confermo in tale impressione riguardando che, nel motivare l'una e l'altra decisione, di revoca o nullità non si fa motto. D'altra parte il senatoconsulto adrianeo concerneva la usucapione e precisamente l'*usucapio lucrativa*, non già la *l. t. p.*, forse ancora ignota od oscura, e molto meno una *l. t. p.* anomala o lucrativa, che sarebbe un sogno.

Nondimeno, appunto perciò, i due testi giovano forse al nostro assunto generale, ma sotto altro riguardo. Anche per la *l. t. p.*, una volta introdotta, si richiese il giusto titolo, come per l'usucapione *regolare*: ora se il possessore *pro herede* non può valersi della *l. t. p.*, ciò deriva dal fatto ch'egli non ha titolo speciale, cioè di proprietà: egli vanta di esser lui l'erede e in tal veste è tenuto a sottostare alla *h. p.*, che a tempo di Diocleziano e per un secolo ancora fino ai tempi di Onorio e Teodosio, non è soggetta alla *l. t. pr.*, che concerne ancora soltanto le *actiones in rem* speciali (2). La revoca della *usucapio lucrativa* e il senatoconsulto adrianeo sono fuor di questione.

(1) L. c., pag. 336-343.

(2) [Hon. et Theod. L. 3, C. *de praescr. XXX vel XL ann.*, 7, 39 (a. 424): « Sicut in rem speciales ita de universitate ac personales actiones ultra XXX annorum spatium minime protendantur ». La ragione è quindi intuitiva e Diocleziano più di un secolo innanzi poteva ben dire semplicemente *nemini incognitum est*; la motivazione *cum mixtae — compellat* è probabilmente soggiunta dai compilatori per giustificare in qualche modo una decisione che a tempo loro non era esattissima, perchè la *h. pet.* era per lo meno soggetta alla *pr. XXX annorum*, cioè a quella che i romanisti (non Giustiniano) chiamano rispetto alle cose *longissimi temporis*. Egualmente è da attribuire ai compilatori la frase

Altro testo recato dall'Arndts (1) è il seguente rescritto di Caracalla:

L. 1, Cod. *pro her.*, 7, 29, Ant. A. Zoilo: « Cum pro herede usucapio *locum non habeat*, intelligis neque matrem tuam, cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse (a. 215) ».

Giustamente oppone l'Ascoli che *locum non habeat* indica inesistenza, ma non revocabilità (2). Il testo non è molto chiaro, evidentemente perchè monco; e il Fitting ha voluto persin riferirlo all'usucapione di cose non ereditarie compiute dal vero erede (3). Ma, come si vide, questa usucapione non è *pro herede*, bensì *pro suo*. Io sono d'avviso che il testo si riferisca alla *usucapio lucrativa*, la quale si nega nella specie che abbia luogo, ossia che possa applicarsi al caso ed essere invocata dalla parte senza dubbio per difetto di qualcuno de' suoi speciali requisiti (4).

Circa la regola in questione il testo in ultima analisi non giova più de' due precedenti.

---

vel longum tempus, per quanto i *ceteri*, che vantano un titolo speciale, e non si presentano come possessori *pro herede* o *pro possessore*, non essendo soggetti alla *h. p.* (cfr. L. 4: *cum ab his successio vindicari non possit*), potessero opporre così l'*usucapio* compiuta, come la *l. t. pr.*: se non che il § 1, che spira dalla prima parola all'ultima lo stile dei compilatori, è probabilmente tutto interpolato].

(1) Non nello scritto citato, ma in un altro sull'essenza della *hereditatis petitio* (*Civ. Schr.*, II, pag. 374).

(2) L. c., pag. 326, n. 15.

(3) *Arch. für civ. Pr.*, 52, pag. 258.

(4) [L'Alibrandi, *Possesso*, 128; *Opp.*, I, 316, sospetta interpolate le parole *cum pro herede, etc.*, cioè la negativa dell'usucapione *pro herede*, nel testo di Caracalla. L'interpolazione può sembrare a prima vista inaccettabile, perchè in qualunque modo esiste nel diritto giustinianeo l'*usucapio pro herede* e sotto due aspetti (erede vero ed erede apparente); ma veramente Giustiniano (v. in fine di questo paragrafo) ha inteso abolire l'antica *usucapio lucrativa*, e una simile oscillazione di linguaggio non è cosa che debba sorprendere nelle fonti giustinianee. Quando lo spettro della *improba lucrativa usucapio* si affaccia ne' suoi tratti più rudi (indifferenza della buona fede) essi lo riconoscono e ne ribadiscono l'abolizione].

L'ultimo argomento addotto dall'Arndts è la L. 1, D. *quor. bon.*, 43, 2, che riferisce precisamente il testo dell'editto:

« Ait Praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem (quodque *edd.*) dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas ».

Il testo, così com'è, accorda evidentemente l'interdetto *quorum bonorum* anche contro colui che ha usucapito *pro herede.*

L'Ascoli riferisce i molti e molto infelici tentativi fatti prima dell'Arndts per isfuggire a questa conseguenza e li rigetta tutti. Il testo è, per suo avviso, corrotto: ed egli propone di leggere « *est* » invece di « *esset* ». Tale correzione che ha pure l'appoggio dei Basilici, ove l'inciso è tradotto « *καὶ μὴ ἐδέσποσας* » cioè *nec usucepisti*, muta radicalmente il senso del frammento.

Non si può negare che la correzione si presenta con una tal veste di semplicità e un tal grado di probabilità, che il riferirsi al testo genuino non costituisce più nemmeno un piccolo vantaggio (1). Noi non potremo riaffermare la genuinità del testo e l'esistenza della revoca dell'usucapione dell'erede apparente, se non quando avremo per altra via dimostrato la nostra tesi (2).

(1) [Noto peraltro che con questa correzione il *possideresve* per lo meno rimane in aria].

(2) Ometto di riferire una serie di testi, addotti, come la L. 20, § 6, la L. 28, D. *de her. pet., etc.*, perchè sono ben insignificanti per la questione della revoca e dell'usucapione *pro herede* in generale. Conviene adoperarvi, per argomentarne a favore, di quei « difettivi sillogismi » cui non si dura gran fatica a mozzar l'ale. Alcune di queste argomentazioni le ribatte l'Ascoli, e assai bene (v. l. c., pag. 335-336): di altre non si cura, e fa anche meglio. L'ostinazione a vincer qnesto punto anche con sottigliezze cavillose, che a una buona causa non giovano, nemmeno in tribunale, deriva dal fatto che i tedeschi in generale, interessandosi del diritto comune, riducono la questione a questo punto solo.

3° La *lucrativa pro herede usucapio* non è possibile contro l'*heres suus et necessarius*.

Questo principio vigente, come sappiamo, nel diritto classico, e formulato in due testi di Gaio (1) lo troviamo espresso quasi con la stessa formola tradizionale nella compilazione giustinianea in un rescritto di Diocleziano.

L. 2, Cod. *pro herede*, 7, 29, Diocl. et Max., Marinae: « Nihil pro herede posse usucapi suis heredibus existentibus magis obtinuit (a. 293) ».

Circa questa corrispondenza, che l'Arndts non potè addurre, perchè a suo tempo si riteneva una lezione errata di entrambi i testi di Gaio che venivano a dire precisamente l'opposto (2), anche l'Ascoli è costretto ormai ad arrendersi all'evidenza. Per salvare la sua tesi, egli ricorre a principî di equità e sentimenti morali, che in opposizione allo stretto diritto ed alla logica, avrebbero indotto ad estendere all'usucapione dell'erede apparente una limitazione propria dell'*usucapio lucrativa* (3).

---

(1) Gai., *Inst.*, II, 58; III, 201.

(2) Prima dell'ultima lettura dello Studemund Gai., II, 58 si leggeva: « Necessario tamen herede extante ipso iure pro herede usucapi potest » invece di: « Necessario tamen herede extante *nihil* ipso iure, etc., e analogamente Gai., III, 201.

(3) L. c., pag. 357-359. — È singolare che per troppa affezione alla tesi l'Ascoli finisca con trovare una prova novella della bontà di essa in questa legge. « Se fosse vero che mai contro l'erede l'*usucapio pro herede* ha effetto, perchè stabilire in questa legge ciò come una specialità a favore dell'*heres suus*? ». Perchè? Perchè il principio della nullità dell'*usucapio pro herede* di fronte all'*heres suus* è più antico dell'istituto generale della revoca, ed è sopravvissuto ad essa, come ci attesta Gaio, che li conosce entrambi e li distingue: Diocleziano non stabilisce nulla di nuovo, ma richiama un principio vecchissimo. Del resto nullità e revoca son cose ben diverse [È curioso che i traduttori greci, cui oramai queste distinzioni tra nullità e revoca paiono mere sottigliezze, interpretano il testo nel senso voluto dall'Ascoli, riferendolo a tutti gli eredi (cfr. Bas., L. 5, 6, Heimbach, vol. V, pag. 68); ed essi trovano ormai con molta semplicità il motivo della disposizione nel fatto che oramai gli eredi ci sono: ἀνεφάνησαν γὰρ μάλιστα ἤδη, καί εἰσι κληρονόμοι].

Ora un ingegno sottile de' motivi speciali non fa molta fatica a trovarne, e l'equità è un gran rifugio nei casi disperati. Ma se pure talvolta può esser necessario, dal punto di vista del diritto giustinianeo, escogitare delle sottigliezze, tanto più che il legislatore Giustiniano lo comanda, il diritto romano come scienza storica ripudia simili scappatoie.

Se non che v' hanno anche altri principî, cui nè l'Arndts nè gli scrittori tedeschi suoi seguaci hanno posto mente, i quali principî non erano pur essi, per testimonianza espressa delle fonti, o non potevano essere, per induzione evidente, se non principî proprî dell'antica *usucapio lucrativa*, e ritornano nei testi giustinianei relativi all'*usucapio pro herede*.

4° La *lucrativa pro herede usucapio* non è riconosciuta se non circa le *res hereditariae*.

Questa regola dichiarata anch'essa da Gaio (1) non è che espressa in forma diversa nel seguente testo giustinianeo:

Pomp., L. 1, D. *pro her.*, 41, 5: « Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit ». Cfr. anche il rescritto di Diocleziano al suo omonimo: L. 3, Cod. *de us. pro her.*, 7, 29.

Se l'usucapione *pro herede* fosse una usucapione normale, regolata alla stessa stregua delle altre, parrebbe che non ci avesse ad esser difficoltà ad ammetterla relativamente ad oggetti appartenenti a persona viva e creduti far parte dell'eredità. E precisamente in ordine ai legati, la specie più prossima che si può addurre, è sancito il principio opposto da Giavoleno e dallo stesso Pomponio.

Iavolenus, L. 5, D. *pro leg.*, 41, 8: « Ea res, quae legati nomine tradita est, *quamvis dominus eius vivat*, legatorum tamen nomine usucapietur ».

Pomponius, L. 6, *eod.:* « si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit » (2).

(1) Gai., *Inst.*, II, 52; III, 201.

(2) L'interpretazione della L. 1, D. *pro her.*, in senso conforme a Gaio, II, 52, è tanto naturale che si affacciò pure alla mente dei primi interpreti del diritto romano; ed è caratteristico che essi la riget-

Non dissimulo tuttavia che l'applicazione del principio stesso della *usucapio lucrativa* alla usucapione dell'erede apparente, la quale viene a stabilire una tal divergenza tra eredità e legato, potrebbe ricevere una spiegazione agevole e precisamente in base alla differenza di natura che hanno l'eredità e il legato. La *causa legati* è veramente costituita su quell'oggetto che si deve acquistare o usucapire: il testatore rinuncia a un oggetto, del quale esso rinunciante non sarà proprietario, ma una rinuncia effettiva a favore di Tizio c'è. Siamo dunque nel caso normale dell'usucapione. Invece l'eredità non si può intendere costituita se non sui diritti che il testatore aveva: il defunto, abbia o non abbia fatto testamento, non ha rinunciato punto a favore di Tizio suo erede a beni che non gli appartenevano o che appartenevano invece a chi gli è poi sopravvissuto.

Su questa regola pertanto non ci potremo troppo fondare per la nostra tesi.

5° « Servus pro herede possidere non potest ».

È questa una regola enunciata da Paolo nella L. 4, § 4, D. *de usurp.*, 41, 3: veramente misteriosa, se si vuol concepire l'*usucapio pro herede* come usucapione pari alle altre. Lo stesso Cuiacio vi si perde: ora non fa che ripetere il principio in una forma anche più cruda: « Servus pro emptore, pro donato et ex omni causa *domino possidere* potest, *pro herede non item*, sibi nullo modo » (1) e fermi lì; ora ne porge una spiegazione banale e contraddicente alla dichiarazione che ha fatto del suo contenuto: « Hoc est veris-

---

tarono, facendo richiamo appunto alla L. 5, *pro leg.* (V. Glossa, *ad h. l.*). Anche il Fitting (*Archiv*, 52, pag. 262-264) intende il passo di Pomponio nel giusto senso e fa richiamo a Gaio, II, 52. L'opinione comune lo interpreta in guisa da non ridurlo a significare se non ciò ch'è detto nella L. 3, Cod., 7, 29, cioè che non si può usucapire *pro herede* il patrimonio d'un assente creduto morto: il quale enunciato non è che un caso speciale della regola.

(1) Cuiacius, *Ad Tit. de Us.*, L. 4, § *Servus*, vol. I, 1111 [Venetiis 1758, vol. I, pag. 708].

simum: *quia nec servus heres esse potest* » (1). Eppure è questa in sostanza l'opinione comune, la quale considera il principio come una mera conseguenza della L. 4, *pro herede*. Il Fitting tentò di spiegare il frammento, ammettendo che si debba leggere *possidĕre* nel senso di acquistare il possesso in luogo di *possidēre*; ma il verbo è dubbio (2), e le cose poi restano in fondo come prima.

Ora tal principio è invece perfettamente conforme alla natura della *usucapio lucrativa*. Lo schiavo, come dice Giavoleno (3), non possiede per il suo padrone se non *ex iusta causa*, non lo rappresenta insomma se non nella *possessio civilis*, ch'è un rapporto difeso mediante azione, cioè un diritto (4): e lo rappresenta perchè i diritti vengono a far parte del suo peculio. Ma la *possessio*, su cui si fonda la *usucapio lucrativa*, non è *possessio civilis*, non dà luogo alla difesa mediante la Publiciana o altra azione, non è un diritto insomma; lo schiavo non può quindi possedere la cosa con questo titolo, perchè invece la cosa « in peculio servi *non* est ».

Che poi dal giureconsulto nella L. 4, D. *de usurp.*, 41, 3 e a questo punto si discorresse precisamente della *usucapio lucrativa*, è messo fuor di dubbio dalla retta esegesi di altri passi della presente legge. Vien primo al proposito il paragrafo immediatamente successivo: « Fructus et partus ancil-

(1) Cuiacius, in *Lib. LIV Pauli ad Ed.*, L. 4, § *Servus*, vol. V. 722 [Venetiis, 1757, vol. V, pag. 708]. — La diversità del punto di vista, oltre il quasi mutismo insolito in lui, tradisce l'imbarazzo di Cuiacio: nel primo luogo, ove non fa che la dichiarazione del principio, suppone ragionevolmente che si parli di possesso tenuto per il *dominus;* nel secondo, per darne quella spiegazione, è costretto a supporre che Paolo si preoccupi di escludere il possesso del servo per conto suo.

(2) Veramente il verbo *possido* in senso incipiente par che esista nella lingua latina ed è ammesso da molti filologi moderni. Degli esempi citati dal Voigt, *XII Tafeln*, II, pag. 224, n. 4, cioè Lucr., I, 386; 964; Liv., I, 46, 1; VI, 18, 11, solo i due versi di Lucrezio sono però attendibili; nel secondo passo di Livio il verbo è certamente *possideo*.

(3) L. 24, D. *de poss.*, 41, 2.

(4) [V. in seguito *La « possessio civilis » e la « possessio naturalis »*].

larum et foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt ». È anche questo un paragrafo inesplicabile, che tanto in materia d'usucapione quanto nell'acquisto de' frutti ha dato luogo alle più lambiccate ipotesi, ovvero è stato messo da parte come un testo, da cui nulla si ricava. Che ragione di osservare che l'erede può usucapire i parti delle ancelle, *si defuncti non fuerunt?* E viceversa, come mai si parla insieme di usucapione de' frutti e de' feti degli animali? L'erede, ove la separazione avvenga presso di lui, non acquista immediatamente gli uni e gli altri? (1).

Ogni difficoltà sparisce, ove si riferisca il testo alla *usucapio lucrativa*. Il possessore *pro herede* non acquista nulla immediatamente, nemmeno i frutti, che nascono presso di lui, giacchè l'acquisto per separazione è un diritto del possessore di buona fede, e tale egli non è, per quanto, in via anomala, possa usucapire le cose che appartennero al defunto, e anche in un anno solo. Ma vi ha di più: sorge il dubbio s'egli possa anche usucapire ciò che nasce presso di lui, e sieno parti delle ancelle, sieno frutti; giacchè questi oggetti al defunto non appartennero mai, ed egli altro rifugio non ha che la *usucapio pro herede*. In sostanza però sono beni ereditari anch'essi; ond'è che Paolo senza esitare decide ch'egli li può usucapire (2).

Un altro passo è il § 24 della stessa L. 4, D. *de us.*, 41, 3, nel quale paragrafo Paolo, discorrendo delle *res vi possessae* e perciò sottratte all'usucapione, torna a fare osservazioni circa la *possessio pro herede*. Lo riferiamo insieme col § 23, perchè è anche interessante e caratteristico il parallelismo

(1) Cuiacio ricorre alla vecchia distinzione tra i frutti industriali, che si acquistano immediatamente, e i frutti naturali, che si dovrebbero usucapire (*ad Tit. de us.*, L. 4, § 5, vol. I, 1111) [Venetiis 1758, vol. I, pag. 966]. Rifugio infelice, perchè, lasciando il resto, Paolo respinge francamente la distinzione summentovata.

(2) Anche Ulpiano ad altro oggetto trova opportuno di affermare che i parti, i feti, i frutti sono ricompresi tra i beni ereditari o altrimenti nella causa ereditaria. Cfr. L. 5-8, D. *ut in poss. leg.*, 36, 4.

che il giureconsulto stabilisce tra la *possessio malae fidei* e la *possessio pro herede:*

§ 23. « Ceterum *etiamsi mala fide fundum me possidentem deieceris* et vendideris, non poterit capi, quoniam verum est vi possessum esse, licet non a domino ».

§ 24. « *Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat*, quamvis sciat esse hereditarium, quoniam vi possidet ».

Viceversa, nella legge immediatamente successiva, Gaio dichiara che la *vi deiectio* stabilisce in qualunque caso una interruzione naturale del possesso e dell'usucapione, nè importa punto che trattisi di un vero e proprio possessore di buona fede o di un di quei possessori, ai quali in guisa anomala è dato usucapire: « ac ne illud quidem interest *pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa* ». Parole che per diritto giustinianeo hanno quel senso che Dio vuole; ma certo non possono alludere al comun titolo lucrativo o gratuito (1).

6° L'usucapiente *pro herede* non ha l'azione di furto, che spetta invece al normale possessore *ad usucapionem*.

Iavolenus, L. 72 (71), § 1, D. *de furt.*, 47, 2: « Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non subripi, interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset ».

(1) Già Cuiacio, l. c., aveva intuito rettamente il vero. Contro l'erronea interpretazione di Donello, egli sostenne che qui la *lucrativa causa* non poteva se non significare possesso di mala fede e richiamò anche in proposito la L. 33, § 1, D. *de us.*, 41, 3, e la L. 2, D. *pro her.*, 41, 5. Al suo tempo davvero non si poteva andare più in là. [Il Pernice nella 2a edizione del suo *Labeo*, II, 1, 1895, pag. 394, n. 2, giunge colla consueta prolissità e vana dubbiezza alle mie stesse conclusioni, e sempre indipendentemente dal mio studio, ch'egli ignorava. Più brevemente di tutti Alibrandi, *Possesso*, pag. 114; *Opp.* 305, il quale a questo testo nota semplicemente: « Circa la *lucrativa causa* vedi Gaio stesso, II, 56 »].

Fondandosi sulle ultime parole (*lucrum facturus esset*) si dirà che questo testo si ha a riferire al solo possessore della *usucapio lucrativa*, non all'erede apparente: così, senza far questione, ammette l'Ascoli (1). Ma è lecito oramai distinguere tra le due specie, dopo che s'è visto che non vi ha principio in cui divergano, ammesso pure che talvolta si riesca a fornire una ragione per il trattamento speciale dell'erede apparente?

7° L'usucapiente *pro herede* non ha l'*actio Publiciana*. Abbiamo di ciò una prova negativa che per avventura vale più di cento positive. Tra le *iustae causae* dell'azione *Publiciana* enumerate da Ulpiano e Paolo con una tale compiutezza che di parecchie cause d'usucapione, come la *noxae deditio*, la *ductio noxalis*, la permuta, la speciale donazione *mortis causa*, non se ne ha menzione fuor del titolo della Publiciana, non è fatto alcun cenno di una presunta *hereditas* e di possesso *pro herede* (2).

Ora come, ritrovando comuni tutti quanti i principî, si può asserire che l'*usucapio lucrativa* e l'*usucapio pro herede* dell'erede apparente fossero due istituti diversi? E dove mai nelle fonti antegiustinianee o nelle giustinianee, che serbano un poco le tracce di tutto, si ha indizio di una distinzione tra queste due specie di usucapione *pro herede?* Pomponio e Paolo, Giuliano e Caracalla, Giavoleno e Diocleziano parlano di un istituto unico, singolarmente disciplinato, in termini eguali: *possessio* o *usucapio pro herede*. Ebbene, no; si deve fare un taglio netto all'epoca di Marco Aurelio: quindi gli uni parleranno della *lucrativa pro herede*

(1) L. c., pag. 325; pag. 333 nota.

(2) Tale singolarità non mancò di esser avvertita dal più largo e felice indagatore dell'azione Publiciana, l'Appleton. Ma poichè il suo inadeguato concetto della *iusta causa* lo trae a considerare come tale anche l'*hereditas*, nè dall'altra parte l'autore scorge punto che l'usucapione dell'erede apparente non era se non un ramo dell'*usucapio lucrativa*, per trovare la ragione del diniego della Publiciana alla usucapiente egli ricorre al difetto di *traditio* (*Action publicienne*, I, pag. 359-366).

usucapio, gli altri di quella dell'erede apparente. « In giureconsulti posteriori a Marco Aurelio non troviamo più parola di questo istituto come ancora esistente » (1).

Pure questa volta occorre molta buona volontà per non trovare. Paolo si esprime circa la *possessio pro herede*, ora enunciando principî che non hanno modo di riferirsi ad altro fuorchè all'istituto anomalo (*Servus pro herede, etc.*, *Fructus, etc.*), ora mettendola a riscontro col possesso di mala fede; Caracalla risponde circa una *usucapio pro herede*, negando che abbia luogo; Diocleziano ricorda in proposito una regola che per testimonianza di Gaio era propria della *lucrativa usucapio*: tutti costoro usano i termini stessi di Gaio e Pomponio, di Giavoleno e Giuliano, e nondimeno tutti, per l'amor di Marco, che non ha abrogato nulla, si hanno a riferire non alla *usucapio lucrativa pro herede*, bensì ad una usucapione regolare e distinta dall'antica! (2).

Se non che una volta avviati per la strada giusta, le prove e gli indizi balzan fuori da tutte le parti. Dato che l'usucapione dell'erede apparente fosse già nel diritto classico una usucapione regolare e distinta dall'antica, dato altresì che il titolo apparente *pro herede* si abbia a ritenere come titolo vero, come mai la commissione giustinianea, che ha saputo ricavare dalle opere dei giureconsulti una casistica spesso così minuta per tutte quante le altre *iustae causae*, essa, che a ciascun titolo relativo del Digesto non manca giammai di mettere in testa frammenti di Paolo e Ulpiano, fautori del titolo vero, e sovrattutto frammenti del libro LIV *ad Edictum* di Paolo, come, dico, avviene che non abbia trovato circa questa pretesa usucapione dell'erede apparente nè un solo testo di Ulpiano e Paolo *ad Edictum*, nè un solo testo d'altro giureconsulto da inserire

---

(1) Ascoli, l. c., pag. 324.

(2) Aggiungi anche Papiniano. L. 44, § 5, D. *de us.*, 41, 3 (in seguito nel testo) e Ulpiano, L. 2, § 1, D. *si quis omissa*, 29, 4: « Mihi videtur humanior esse haec sententia ut *possessor hereditatis* prior excutiatur, *maxime si lucrativam habeat possessionem* ».

nel titolo *pro herede* delle Pandette? Poichè, infatti, il titolo *pro herede* delle Pandette consta in primo luogo di soli quattro frammenti: ma di questi l'uno, la L. 3 di Pomponio, è fuor di questione, perchè si riferisce alla usucapione dell'erede vero, falsamente reputata *pro herede;* un altro, la L. 2 di Giuliano, il solo che non sia brevissimo, parla espressamente di *usucapio pro herede lucri faciendi causa:* e gli altri due, la L. 1 di Pomponio e la L. 4 di Paolo *ad Legem Iuliam et Papiam* enunciano principî che s'attagliano perfettamente alla *usucapio lucrativa* (1).

Finalmente un indizio di natura più delicata è a favore della nostra tesi: l'opposizione singolare tra il titolo *pro emptore* e il titolo *pro herede*, anche là dove si enunciano principî che valgono tanto per la usucapione ordinaria quanto per la *lucrativa usucapio.* Così è nei seguenti testi:

Pomponius, L. 6 pr., D. *pro empt.*, 41, 4: « Qui, cum *pro herede* vel *pro emptore* usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrubique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere? ».

Papinianus, L. 44, § 5, D. *de us.*, 41, 3: « Non mutat usucapio superveniens *pro emptore* vel *pro herede*, quo minus pignoris persecutio salva sit » (2).

È manifesto che nei testi citati il titolo *pro emptore* e il titolo *pro herede* non sono congiunti se non come tipi, l'uno della usucapione normale, l'altro dell'*usucapio lucrativa.* Per conseguenza la opposizione equivale pienamente a quella che pone Gaio nella L. 5, *de us.*, tra il titolo *pro suo* e la *lucrativa causa*, pur con lo stesso intento di rilevare che è indifferente al proposito che si abbia l'una o l'altra figura di possesso e di usucapione.

In conclusione, dopo l'esame dei principî e dei testi, si può con certezza asserire che l'*usucapio pro herede* era nel

(1) Non diversamente va la cosa nel titolo *pro herede* del Cod., 7, 29.
(2) Cfr. anche Giavoleno, L. 21, D. *de us.*, 41, 3.

diritto classico un unico istituto e sempre usucapione lucrativa ed anomala. La credenza di essere eredi non fu mai titolo o in qualunque modo causa regolare di usucapione, nemmeno pei seguaci del titolo putativo.

Si distinse bensì, dopo il senatoconsulto adrianeo, una *possessio pro herede* e una *possessio pro possessore*, ma tale distinzione è fatta solo in riguardo alla petizione di eredità per le conseguenze della buona o mala fede (1). Quanto alla usucapione, essa non fu distrutta nè dal senatoconsulto di Adriano, nè dall'introduzione del *crimen expilatae hereditatis;* ma durò sino a Giustiniano coi suoi speciali caratteri e nella sua posizione anomala rispetto all'usucapione in base al possesso *ex iusta causa* o *pro suo*. Giustiniano intese veramente torla di mezzo, fissando nuovi periodi di tempo per le cose mobili ed immobili, con che spariva l'unico termine annale dell'usucapione lucrativa, ed esigendo recisamente la *bona fides* per ogni usucapione sul modello della *longi temporis praescriptio* (2) e soppresse i passi di Gaio nelle sue Istituzioni. Tuttavia, poichè, respinte le due fondamentali caratteristiche (termine annale e indifferenza della buona o mala fede), l'usucapione *pro herede* pareva corrispondere al tipo dell'usucapione normale, i testi relativi ad essa vennero inseriti nella compilazione ed accolti tutti gli altri principî speciali meno

---

(1) Ulpiano anche a tal riguardo posa la questione (*quaeritur*) se colui che sa di non essere erede, si debba dire che possieda *pro herede* (L. 11, D. *de her. pet.*, 5, 3). È possibile che a tale proposizione seguisse immediatamente qualche cosa d'incongruo nel nuovo diritto, forse per attinenza al nostro oggetto. Certo la risposta abbastanza oscura non collima colla questione (*tenetur* anche chi possiede *pro possessore!*) e vi ha nel testo una lacuna.

(2) L. un., § 3, Cod. *de us. transf.*, 7, 31: « Hoc tantummodo observando ut... ab initio bona fide eam capiat, *secundum quod exigit longi temporis praescriptio* [Nei Bas., LX, 12, 71 sch. ὁ νομίζων (Heimb., V., pag. 524) è detto che tale usucapione è stata abolita dalle costituzioni; lo scolio di Taleleo, cui si fa richiamo, che doveva essere a Bas., L., 5, 6 (Heimb., V, pag. 68), è andato perduto e non sappiamo a quali costituzioni lo scoliaste bizantino si riferisse].

salienti e meno repugnanti: principî che si può ben tentare di giustificare, volendo, da un nuovo punto di vista, ma non si può respingerli e considerarli come tante reminiscenze storiche. A ogni modo, in virtù di questi principî e per l'abbandono completo del titolo vero, nel senso dei giureconsulti classici, tale usucapione, se non è più genere distinto dalla usucapione normale e fuori di questa, costituisce tuttavia nell'àmbito di essa una specie abbastanza ricca di singolarità e abbastanza rivelatrice delle idee e del procedimento dei compilatori circa la materia.

Postilla. — Non poco stupore mi eccita il veder risorgere (in forma di confutazione sottintesa della mia tesi) la vecchia opinione di un'*usucapio pro herede* di tipo normale, già sostenuta per l'ultima volta dall'Ascoli, in un autore come il Perozzi, sia pure assumendo alcuni miei risultati particolari. Il modo poi con cui egli ripresenta questa vecchia opinione è per me così bizzarro, che io temetti lungamente di non comprendere le sue parole. Egli stima che nel diritto classico colui che *si crede* erede, mentre non è, non potesse usucapire nè con l'*usucapio lucrativa*, nè con l'usucapione ordinaria. Noi neghiamo la prima proposizione, cioè il diniego della *usucapio lucrativa;* ammettiamo la seconda, il diniego della *usucapio* ordinaria, ma per l'assenza di titolo, il che ci sembra esprimere il motivo dell'esclusione più adeguatamente di quel che faccia il Perozzi. Ma venendo al punto essenziale, secondo il Perozzi le cose sarebbero mutate nel diritto giustinianeo. Ecco le sue parole: « Questo caso di usucapione (ordinaria) diventa possibile solo ammettendo il titolo *pro suo*. E caso di *usucapio pro suo* esso è precisamente in diritto giustinianeo, benchè non solo lo si chiami anch'esso *usucapio pro herede*, ma *per accostarsi all'ipotesi dell'« usucapio pro herede » classica*, in quanto è un non erede che occupa cose ereditarie, vi si trovano *da Giustiniano* applicati i principî veduti di questa circa ai casi in cui non si ammette o si interrompe, circa la revocabilità ed altri

ancora, quali il restringersi alle cose ereditarie, il non darsi azione di furto all'usucapiente, nè ammettersi che possa usucapire *pro herede* un servo » (1).

Come si vede, il Perozzi mantiene i principî da me raggruppati e li ricorda quasi tutti, ma ritiene che Giustiniano li abbia applicati ad un'usucapione *creata per la prima volta da lui*, che egli chiama *usucapio pro herede*, e ciò abbia fatto *per accostarsi all'ipotesi della « usucapio pro herede » classica*, cioè della *usucapio lucrativa*. Già da queste parole è chiaro che il Perozzi ritiene interpolati i testi in cui si ammette l'usucapione dell'erede apparente di buona fede, interpolato il titolo *pro herede* dell'erede apparente, e mantenuti coscientemente o anche (come vedremo) interpolati i principî dell'antica *usucapio pro herede*. Di questa serie di interpolazioni non vi ha la menoma traccia nei testi che abbiamo esaminati. Ed è ben difficile, malgrado il troppo semplice discorso del Perozzi, imaginare il movente di questa strana riforma, che sarebbe stata fatta a ragion veduta da Giustiniano: perchè mai l'imperatore sarebbe andato a ripescare deliberatamente i principî di un vieto e dannato istituto per applicarli ad una figura di usucapione creata da lui e nel diritto giustinianeo regolare, se questo, come tutto porta a credere, ammette il titolo putativo?

Esaminiamo tuttavia gli argomenti coi quali il Perozzi tenta di stabilire la sua opinione (2). Egli comincia col ribattere quello che è il mio punto di partenza e che per se stesso non è contrastato da nessuno, cioè che l'*usucapio lucrativa pro herede* giovasse anche a chi si crede erede. « L'*usucapio lucrativa*, che non è, come si disse, usucapione (!?), va a beneficio solo di chi non si crede erede..... V'ha chi ritiene che l'*usucapio pro herede* classica potesse giovare a chi si crede erede. Vedi, ad es., Brinz, *Pand.*, I, pag. 621. Ciò è inesatto. Gaio non la poteva in tale ipotesi

(1) Perozzi, *Istituzioni*, II, pag. 388.
(2) L. c., pag. 388 testo e nota.

chiamare ***improba*** senza far distinzioni: nè sarebbe giustificata la norma adrianea, per la quale, pur senza fare distinzioni, si revoca ogni ***usucapio pro herede*** ».

Osserviamo che Gaio si riferisce al modo con cui è lecito a chicchessia di iniziare questa usucapione, alla sua figura giuridica che prescinde dalla *bona fides*. Ma sarebbe strano che il possessore *pro herede*, se è in buona fede, dopo il decorso di un anno, non possa opporre l'usucapione a chi si presenta a rivendicare la cosa, e non lo possa appunto perchè è in buona fede, che l'esser insomma di buona fede gli abbia a venir opposto come una *fin de non recevoir!* È evidente che se la legge prescinde dalla buona fede, non per questo esige come requisito la mala fede. Aggiungiamo che questa opinione è precisamente in contrasto non col solo Brinz, citato dal Perozzi, ma con tutti gli scrittori, i quali ritengono anzi che nelle origini colui che si presentava ad occupare i beni vacanti fosse regolarmente il presunto erede. Quanto alla norma adrianea, che revoca *ogni usucapione pro herede*, sia di fronte alla *her. pet.*, sia di fronte all'interdetto *Quorum bonorum* (cfr. L. 1, D., 43, 2, e sopra pag. 654), mi è proprio oscuro il sottil riguardo per cui il Perozzi vorrebbe che essa nell'abolire l'efficacia distinguesse tra buona e mala fede.

E veniamo ora all'esegesi del Perozzi. « Ostano alla nostra tesi la L. 33, § 1, D., 41, 3, e la L. 29, D., 41, 3, ma la prima è interpolata da *hoc amplius* a *videbitur*; vedi Pernice, *Labeo*, II, 1, 2, pag. 430, nota 1; l'altra da *ita tamen* sino alla fine. Stanno invece chiaramente per essa L. 4, C., 7, 29, coi termini *nec obtentu veluti ex hereditate*; L. 4, C., 7, 33; L. 4, § 24, D., 41, 3, dove il possesso nell'*usucapio pro herede* è parificato al possesso in genere in mala fede, contemplato al § 23 *eod.*; L. 5, D. *eod.*, dove l'*usucapio ex lucrativa causa*, in antitesi a quella *pro suo* indica l'*usucapio lucrativa*, in antitesi a quella in buona fede; nè monta che i termini siano forse dei compilatori; i compilatori in tal caso esprimevano la stessa antitesi che Gaio esprimeva con termini diversi ».

Non v'è la menoma traccia formale d'interpolazione nei due primi testi. Verosimile è piuttosto, come ritiene il Riccobono, che dalle parole *ita tamen* in poi si abbia nella L. 29 una nota di Pomponio a Sabino.

Quanto alle due costituzioni del Codice, come appare dal loro tenore (v. sopra, pag. 643-644), esse non si riferivano all'usucapione dell'erede apparente, di buona o mala fede, ma all'usucapione dell'*erede vero* su cose *falsamente* credute ereditarie (*obtentu velut ex hereditate quod* alienum *fuit!*) e l'usucapione si nega perchè, come dice il secondo testo, il *ius successionis* non è *iustus titulus*. Basterebbe del resto un solo riflesso per escludere che si tratti della nostra usucapione, ed è che *questa*, sia di buona, sia di mala fede, esige che si tratti di *res hereditaria* (v. sopra, pag. 656).

Quanto alla L. 4, § 24, D., 41, 3, e alla L. 5 *eod.*, esse non dimostrano null'altro se non che la *possessio pro herede* dai giureconsulti classici è opposta alla *possessio ex iusta causa*, alla *possessio bonae fidei*, il che è precisamente conforme alla struttura anomala della *possessio et usucapio lucrativa*.

Terza proposizione: « Da ultimo la regola data in L. 72, § 1, D., 47, 2, corrisponde alla regola comune, che nega l'azione di furto ai possessori di mala fede ».

Di nuovo osservo che la *possessio pro herede*, non avendo mai titolo e in generale nemmeno buona fede, non può esser appaiata che al possesso di mala fede. In realtà noi siamo dinanzi non già ad una cosciente e — diciamolo pure, perchè non toccherebbe il Perozzi, ma Giustiniano — stolida riforma, bensì ad uno dei più complessi e caratteristici esempi di sopravvivenze storico-giuridiche, che rispecchiano il metodo meccanico dei compilatori e l'intelligenza oscura che essi avevano ormai della *iusta causa:* oscurità che non sembra dileguarsi, malgrado tutti gli sforzi, nelle menti degli studiosi più eletti (1).

(1) Che il titolo *pro herede* non sia un titolo di proprietà, in quanto la causa ereditaria comprende tutti i rapporti giuridici della più varia

13. Ed ora, terminato l'esame di quest'ultima *usucapio pro herede*, colla quale Giustiniano ammise nel nuovo diritto un titolo che non si può dir nemmeno *iusta causa*, giova riassumere in un risultato generale i risultati particolari e indurne quale sia lo stato e lo spirito della nuova legislazione circa il requisito della *iusta causa usucapionis*.

Ciascun titolo delle Pandette, salvo il *pro herede*, s'inaugura con un'affermazione recisa del principio della *iusta causa* vera, emessa talora da Ulpiano, più sovente da Paolo (1).

Pro emptore: Paul., L. 2 pr., *h. t.* Cfr. inoltre Pap., L. 3, D. *pro legato.*

Pro donato: Paul., L. 1 pr., *h. t.*

Pro legato: Ulp., L. 1, *h. t.;* Paul., L. 2; Pap., L. 3, *h. t.*

Pro dote: Ulp., L. 1 pr., *h. t.*

Circa il titolo *pro derelicto* vi ha una dichiarazione di Paolo (L. 4, *h. t.*), ma l'affermazione recisa della *iusta causa* vera è ricavata dai libri *ad Urseium Ferocem* di Giuliano (L. 6, *h. t.*). Circa il titolo *pro soluto* lo stesso si desume dai testi relativi.

Per ciascuna *iusta causa* abbiamo una serie di specie risolute in senso conforme al principio, e anche richiami di più antichi giureconsulti, come Trebazio (L. 1, § 7, D. *pro emptore*), Cassio (L. 1, § 2, *pro donato:* L. 1, § 3, *pro dote*), Giavoleno (L. 1, § 6, D. *pro emptore*).

Ulpiano e Paolo ammettono bensì l'usucapione in alcune ipotesi in cui la *iusta causa* nel senso più assoluto e rigoroso pare che non vi sia o effettivamente non vi è (L. 2, §§ 8, 9, 15, 16, D. *pro emptore;* L. 7, § 2, D. *de Publ.*, 6, 2; L. 4, L. 9, D. *pro legato.* Ma tali derogazioni posto pure che i testi sieno tutti genuini, sono in genere parziali, perchè dal-

---

natura, lo si riprova anche nello stato delle cose nel diritto civile, in cui l'eredità per se stessa non è un giusto titolo che valga a far prescrivere le cose detenute nella falsa opinione di averle ereditate.

(1) Circa la materia del possesso e dell'usucapione Paolo ha chiaramente nel *Corpus iuris* e di gran lunga il sopravvento su di Ulpiano.

l'esistenza di un negozio, che potrebbe rappresentare la *iusta causa*, non si prescinde; e talora anche sono più che altro apparenti. In qualunque modo, anche se si voglia supporre che i giureconsulti in questione sieno sdrucciolati nel titolo putativo, le derogazioni da essi riconosciute sono ragionate caso per caso, richiamandosi espressamente all'*utilitas*. Il modo di esprimersi (*decursum est; utilitatis causa potest dici... propter eandem utilitatem; dicimus... ut hic plus sit etc.; post magnas varietates obtinuit*), e anche l'autorità invocata di più antichi giureconsulti, come Servio, Marcello, rende manifesto che si tratta di *mere statuizioni di diritto singolare*, ch'erano già state oggetto di disputa tra i giureconsulti e alcuna volta occasione di espresse decisioni imperiali (L. 2, § 8, D. *pro empt.*: « *idque et a divo Traiano constitutum dicitur* »).

Ma di fronte a queste decisioni ne abbiamo altre nel *Corpus iuris*, ricavate da noti o evidenti fautori del titolo putativo, in cui si ammette senza esitanza l'usucapione, non ostante che si abbia un negozio inesistente o nullo nel modo più assoluto per difetto di capacità essenziale dell'autore o per lo meno dubbio.

Pro emptore: Africanus, L. 11, D. *pro emptore;* Papinianus, L. 44, § 4, D. *de us.;* Nerat., L. 5, D. *pro suo.*

Pro donato: Nerat., L. 44, D. *de donat. int. vir. et uxor* (la seconda ipotesi, relativa alla donazione fatta dal *filiusfamilias*).

Pro legato (*pro suo*): Pomp., L. 4, § 2, D. *pro suo.*

Pro suo (non *pro dote*): Proculus, L. 67, D. *de iure dotium;* Pomp., L. 3, D. *pro herede* [*pro her.* nel pensiero dei compilatori, ma *pro suo* con pensiero più logico nel diritto classico: v. sopra, pag. 645].

Nelle leggi citate l'usucapione è riconosciuta esclusivamente in base alla buona fede e all'errore. Ben più gravi che non quelle di Paolo sono le specie ammesse da questi giureconsulti, più franco il linguaggio (*magis esse ut; usucapiet, etiamsi falsa, etc.; idemque iuris erit; idem dicendum*

erit; placet; pro suo possidendo, usucepit plerique putaverunt, etc.), ma sovrattutto diverso e più largo è il pensiero che inspira il giureconsulto e gli detta il responso in quel senso e in quella forma. Non si tratta di *statuizioni eccezionali*, in cui si ammetta *utilitatis causa* l'usucapione, pur colla piena consapevolezza o con una certa consapevolezza che si fa uno strappo ai suoi requisiti: trattasi di una *indifferente equiparazione del titolo putativo al titolo vero*, cioè in sostanza di una eliminazione del requisito della *iusta causa;* e le decisioni derivano da giureconsulti, che tengono alto conto degli elementi subbiettivi, della buona o mala fede. Di Pomponio abbiamo visto più volte le decisioni sorprendenti per esagerato riguardo alla buona fede, e l'influenza che egli le attribuisce, contro il principio di Sabino, anche là dove lesione reale non c'è (1). Per questa tendenza egli raffigura un furto anche nel caso che alcuno usi dell'oggetto, credendo a torto che il padrone non acconsenta; onde Ulpiano lo ribatte (2). Per la stessa ragione Paolo, anche in materia di furto, ribatte Nerazio, il quale alla sua volta riconosceva furto di cosa ereditaria, qualora s'ignori che la cosa è tale; il che Paolo negando soggiunge: « *et nihil mutat existimatio subripientis* » (3). Giuliano poi (dato che Africano ci rappresenti l'opinione di Giuliano), se ne togli una singolare apparizione nel titolo *pro derelicto*, resta nell'ombra per quel che riguarda la *iusta causa*, mentre emerge sovra tutti gli altri giureconsulti nel ragionamento intorno al requisito della *bona fides:* da lui sono ricavate le specie di gran lunga più numerose e caratteristiche, talune anche squisitamente delicate (4).

Nondimeno, date le condizioni e lo spirito della giurisprudenza romana, si può anche supporre che questa parte

(1) L. 32, § 1, D. *de us.*, 41, 3.
(2) L. 46, § 8, D. *de furt.*, 47, 2.
(3) L. 6, D. *exp. her.*, 47, 19.
(4) Cfr. principalmente L. 7 pr. — § 7; L. 8, D. *pro empt.*, 41, 4.

dei giureconsulti romani, o almeno alcuni di essi, non facessero che sancire delle determinate *iustae causae erroris*, in cui dalla *iusta causa usucapionis* si potesse prescindere. Certo Giuliano ci offre una recisa dichiarazione contro la *falsa existimatio* circa il titolo *pro derelicto;* e può essere che, per la natura incerta e pericolosa di questa *iusta causa* (1), egli non volesse ammettere una *iusta causa erroris* a sostituirla, mentre, per esempio, l'avrebbe permessa o ne avrebbe accolto alcune figure circa il titolo *pro emptore*, del quale parla Africano (2). E certo è pure che nessun giureconsulto classico poteva riconoscere come usucapione normale quella dell'erede apparente.

Ma se nel diritto classico il contrasto si può attenuare alquanto, esso nel diritto nuovo assume l'aspetto più stridente: poichè circa la *iusta causa erroris* le opinioni espresse nei testi di Africano e di Nerazio non è lecito intenderle come generalizzazioni pratiche di casi specifici e concreti, ma si hanno a interpretare come veri principî generali; non sono più sentenze di giureconsulti intese per tacita convenzione o per tradizione in un dato senso e corrette dalla libera applicazione, ma son parte di una legislazione organica e staccate, per dir così, da quella vita e da quell'ambiente. Le stesse specie singole acquistano nel *Corpus iuris* un valore generale, che forse il giureconsulto non avrebbe riconosciuto; poichè le ragioni di prudenza e di pratica opportunità che potevano imporsi a un giureconsulto legislatore così opinante in un dato caso per trattenerlo dal venire a decisioni consimili, in altri casi non possono trattenere affatto un giureconsulto, che sia puro interprete, alla stregua

(1) [Forse è influente la circostanza che questa *iusta causa* è essenzialmente relativa alle *res mancipi* derelitte e all'*in bonis* e non concerne propriamente la *possessio bonae fidei*].

(2) Il testo di Nerazio quanto all'àmbito de' titoli è più generale; vi si parla di una *falsa existimatio* in generale, non già in relazione alla compra-vendita. Però gli esempi sono identici. Egualmente generale sembra la teoria, cui contrastava Celso.

della mera dialettica giuridica, dall'estendere il principio a casi analoghi e indurne una regola generale. Perchè si abbiano a concepire come disposizioni eccezionali, conviene che la natura di diritto singolare sia manifesta a lume della stessa logica giuridica; e qual criterio ci fornisce la legislazione giustinianea per limitare l'applicazione della *iusta causa erroris* a determinate ipotesi o a titoli determinati d'usucapione, proferendo diverso giudizio per ciascuno? (1).

Nè vi è maggior lusinga di riescire a conciliare il contrasto in una dottrina intermedia; per esempio, arrestandosi al titolo giuridicamente invalido. Paolo, bensì, nelle sue eccezioni, si ferma a questo titolo, ma i testi estratti dai fautori del titolo putativo vanno liberamente più in là.

Non resta adunque che scegliere tra l'uno e l'altro principio. E poste così le cose, la soluzione non può rimanere a lungo in sospeso. Già un canone generale d'interpretazione ci avverte che nel conflitto tra due principî altrimenti inconciliabili è il più blando che vince e si afferma. Se non che, sgombro il terreno oramai di tutte le possibili conciliazioni, è facile scorgere come tutti gli argomenti conducano a una scelta in questo senso. Sulle dichiarazioni e sulle decisioni dei fautori del titolo putativo non è possibile prendere abbaglio, ed esse anzi, come si vide, assumono forse nella compilazione giustinianea un significato anche più grave. Invece le enunciazioni dei fautori del titolo vero, le forti sanzioni imperiali conformi ad esso, le specie singole nelle quali si decide in base al principio, potevano essere interpretate in modo alquanto elastico; e niente repugna a credere che i compilatori le abbiano intese costantemente colla restrizione dei fautori del titolo putativo: « Ma

(1) Cuiacio, *Ad Salvii Iul. l. X ad Urs. Feroc.*, L. 6, *Pro der.*, *Opera*, VI, pag. 496 [Mutinae 1758, vol. VI, pag. 494], opina che non giovi il titolo putativo *pro derelicto:* e lo stesso ritengono il Brinz, *Pand.*, I, pag. 619-620, e il Fitting (*Arch. für civ. Pr.*, 52, pag. 24). Ma su qual base, che non sia un criterio estralegale di opportunità? Dichiarazioni come la L. 6, *pro der.* occorrono per ogni titolo.

l'errore scusabile ha l'effetto stesso della *iusta causa* ». Col metodo dei compilatori e colla natura della compilazione giustinianea simili interpretazioni a base di restrizioni mentali sono spesso, anche senza la permissione di Giustiniano, più che plausibili, necessarie (1). Ma una simile restrizione è la condanna della *iusta causa.* Ammessa la sostituzione indifferente della *iusta causa erroris* alla *iusta causa usucapionis*, questa non ha più ragione d'esistere come principio. L'avvocato, che vorrà provare l'usucapione del suo cliente, dirigerà i suoi sforzi a dimostrare la buona fede di questo sulla base di un errore abbastanza scusabile; e se a riuscir nell'assunto potrà richiamarsi a un effettivo negozio d'acquisto, tanto meglio: il còmpito gli sarà agevolato. Se non potrà, egli ne farà a meno, e si volgerà ad altri partiti. Senza dubbio il giudice andrà cauto nel dargli ragione e ammettere la scusabilità, allorchè qualunque negozio d'acquisto faccia difetto, ma ciò non dipende da rispetto ch'egli abbia alla *iusta causa usucapionis*, bensì dal suo prudente arbitrio nel valutare i motivi di scusabilità: e se l'errore della parte è nel fatto e nella coscienza comune abbastanza scusabile, egli non può, senza violazione di legge, negare l'usucapione per difetto di *iusta causa.*

Niente vale adunque che il legislatore sanzioni la *iusta causa usucapionis*, quando pronuncia eguale sanzione per la *iusta causa erroris* (2). Niente vale che abbia studiosa-

(1) Un esempio tra mille ne porge la celebre antinomia tra la L. 37, § 6, D. *de a. r. d.*, 41, 1 di Giuliano e la L. 13, D. *de don.*, 39, 5 di Ulpiano relativamente alla tradizione fatta al procuratore. Il « *nihil agetur* » di Giuliano si ha a intendere ora (è questa l'interpretazione più ragionevole, che va in Germania sotto il nome del Savigny) nel senso della proposizione ulpianea « nihil agit *in sua persona, sed mihi adquirit* ». Ma evidentemente questa restrizione snatura affatto il pensiero di Giuliano.

(2) È chiaro ch'io non considero come teoria intermedia o conciliativa tra i testi che mantengono la *iusta causa* vera, e quelli che ritengono la *falsa existimatio* o *bona fides* pura e semplice, il richiedere una *iusta causa erroris*, ossia la scusabilità dell'errore. Questa non è che la dottrina rappresentata dalla seconda serie di testi, la

mente soggiunto la menzione della *iusta causa* ai testi di Gaio, che la ignora (1). Anche nel diritto la moneta cattiva caccia la buona, e lo Stato che le dichiari di valore eguale, non fa che sancire l'espulsione della seconda. Certamente è quasi un'ironia che le parole di Celso, di Paolo e di Ulpiano debbano essere intese in guisa da ridurle ad ammettere ciò che i giureconsulti così fermamente contrastano; ma non è questa la prima di cui ci porga esempio il conflitto tra l'interpretazione storica e la dommatica.

---

dottrina dei seguaci del titolo putativo. Infatti la scusabilità dell'errore quanto all'usucapione non è che spunti fuori soltanto nei due testi di Nerazio (*probabilis*, *tolerabilis error*) e di Africano (*iusta causa erroris*). Su di essa insiste più volte anche l'altro fautore noto della buona fede, Pomponio (L. 4, D. *de iur. et f. ign.*, 22, 6; L. 31 pr., D. *de us.*, 41, 3; L. 32, § 1, D. *ibid.*: esclude l'*error iuris*), e l'affermano anche Papiniano e Paolo, quando vengono a riconoscere in via d'eccezione il titolo putativo (L. 44, § 4, D. *de us.*, 41, 3 (*non levis praesumptio*); L. 2, § 15, D. *pro empt.*, 41, 4: esclude l'*error iuris*). Che vi fossero giureconsulti remissivi anche circa la scusabilità dell'errore non è credibile. Chi fossero non sapremmo indovinarlo. Per lo meno in ordine all'*error iuris* è ben difficile vi sieno stati giureconsulti, i quali abbiano ammesso che un negozio non atto a giustificare la trasmissione del dominio (per es., una donazione tra coniugi, una vendita di cosa litigiosa, o addirittura una locazione) potesse per l'*ignorantia iuris* dell'usucapiente figurare come un titolo. Alibrandi, *Possesso*, pag. 124-125, *Opp.* pag. 313-314, suppone i testi di Africano, di Nerazio e di Papiniano interpolati; peraltro gli argomenti su cui l'acutissimo romanista fonda la congettura, da lui sostenuta con grande vigore, non reggono. Il *procurator*, a differenza del mandatario, acquista direttamente il possesso al principale e quindi Africano poteva ben dire che questi possiede *pro emptore;* e quanto a Nerazio, egli è ben fautore del titolo putativo e nulla vi ha di mostruoso (s'intende pei fautori del titolo putativo) nel porre che l'erede usucapisca cosa che erroneamente crede comperata dal defunto; giacchè con questo non è che sani il vizio del titolo del suo autore, ma usucapisce senza titolo vero. D'altra parte l'esistenza di seguaci del titolo putativo nell'êra classica ci è attestata da Celso (L. 27, D. 41, 3) e agli *erranti* di Celso doveva appartenere Gaio. Chi ritenga tuttavia le supposte interpolazioni, che concernono i testi più gravi, deve tanto più pervenire alle nostre conclusioni per diritto giustinianeo: e vi perviene in effetto entro questi limiti l'Alibrandi].

(1) [Cfr. sopra lo studio sulla *iusta causa dell'usucapione*, pag. 528, n. 3, 4, e 5].

Del resto il significato della *iusta causa usucapionis* i compilatori non l'avevano più molto chiaro nella loro mente. Nulla meglio lo dimostra che l'aver essi riconosciuto come usucapione regolare l'*usucapio pro herede* dell'erede apparente; al che nessun giureconsulto classico era pervenuto (1). Come si smarrisce l'uso delle forme schiettamente romane, così in generale si altera il senso o si estenua l'efficacia dei concetti più determinati e caratteristici del diritto classico; la volontà delle parti, la buona e la mala fede riempiono i vuoti. Circa il nostro argomento poi le molteplici riforme operate da Giustiniano nel campo della proprietà e il finale riconoscimento della tradizione come modo generale d'acquisto avevano portato una rivoluzione più profonda ancora nelle idee che nella vita pratica, e non solo distrutto coll'*in bonis* precisamente quel ramo dell'usucapione, che manteneva ancora intatta la *iusta causa*, ma oscurato la visione di questa, il cui tratto caratteristico consiste nell'essere un momento solo dell'acquisto giuridico.

Finalmente Giustiniano ha fuso l'istituto dell'usucapione con quello dell'eccezione o prescrizione basata sul lungo tempo trascorso, e con ciò, mentre da un lato alterava il concetto genuino dell'acquisto mediante il possesso, dall'altro lato forniva la più solida e necessaria garantia, quella fors'anche, il cui difetto aveva tenuto più lungamente fermi i giureconsulti romani sul terreno della *iusta causa*.

Il peso dell'usucapione è ormai tutto sulla buona fede e sul tempo. Anche il valore del possesso, su cui riposava l'essenza primitiva dell'istituto, è sopraffatto dall'importanza nuovamente assunta dal tempo: l'acquisto mediante il possesso (*usu-capio* o *usus*) è diventato acquisto mediante il lungo tempo (*per longum tempus capio*, o *longum tempus*). La buona fede, che ha sostituito interamente la *iusta causa*, si vuole bensì che sia prodotta da un errore scusabile, ma

(1) [Si potrebbe forse anche soggiungere il riconoscimepto del *iusiurandum* e della *causa iudicati*: v. sopra, n. 9].

basta pesare un poco più sul tempo, portandolo da dieci o venti anni a trenta, ed anche la scusabilità svanisce come la *iusta causa* (1).

La dottrina che fa della *iusta causa* un mezzo giustificativo e probatorio della buona fede, dottrina non inventata dal Savigny, ma comune in tutta la giurisprudenza anteriore, è la confessione inconsapevole che la *iusta causa usucapionis* si deve dire sparita; e poichè non sono esclusi altri mezzi di provare la buona fede, non si può nemmeno dire che essa sopravviva come *iusta causa bonae fidei*; onde quel rapporto tra i due requisiti è sempre, teoricamente, una fallace apparenza.

In conclusione, dell'antica *iusta causa usucapionis* il *Corpus iuris* non ci offre che il nome e, per così dire, il fantasma: e se è destino che nomi e fantasmi serbino quasi l'energia delle cose, ond'è che si continua e si continuerà a parlare ancora per chi sa quanto tempo di *iusta causa* qual requisito indipendente dell'usucapione anche per diritto giustinianeo, nondimeno essi non hanno virtù di far rivivere istituti spenti.

Il tempo e l'evoluzione d'idee nuove mutano via via la immagine istessa che li rappresenta; e quando il sostrato vago ed arbitrario della buona fede si vorrà di nuovo incarnare in qualche cosa di solido e stabile, allora nelle menti degli scrittori e nelle nuove legislazioni esso diviene tutto l'atto o il modo d'acquisto, e naturalmente un atto d'acquisto imperfetto, che la buona fede scusa, che il tempo ratifica. Lo spirito della *l. t. praescriptio* ha vinto.

Postilla I. — Dal punto di vista storico rimane pur sempre qualche oscurità circa l'origine della controversia sul titolo putativo. Si potrebbe ritenere (noi ne abbiamo

(1) La cosa è controversa. Esigono la scusabilità anche nella *praescriptio longissimi temporis* quelli che, come il Bruns, ritengono tale requisito come inerente al concetto della buona fede; la negano i soste-

già espresso il sospetto) che in un certo senso la teoria del titolo putativo sia la più antica, cioè nel senso che in ordine al possesso di buona fede gli antichi giureconsulti riguardassero unicamente alla *bona fides*, il che significava certamente la supposizione di un titolo, ma non implicava necessariamente la sua esistenza reale. L'esigenza del titolo potrebbe esser derivata dall'influenza dell'*in bonis havere* e della Publiciana sulla *bonae fidei possessio* e sull'usucapione. Certo è, come noi già notammo, che sono gli ultimi giureconsulti i quali insistono sulla necessità del titolo vero. Qualche altro indizio, anch'esso da me rilevato, potrebbe far supporre che precisamente i Sabiniani si siano mantenuti fedeli all'antico regime: così sembra doversi ritenere di Giuliano e certamente di Gaio, e gli *erranti* a cui si contrappone il principe della scuola proculeiana nell'epoca di Adriano sono forse i rappresentanti della opposta scuola.

In tal caso la L. 67, D., 23, 3, di Proculo, in cui par di vedere uno strappo alla teoria del titolo vero, si potrebbe ritenere col Pernice interpolata, e si potrebbe ritenere interpolata con l'Alibrandi la L. 5, D. *pro suo*, 41, 10, di Nerazio, proculeiano, se pure non si vuol ammettere che Nerazio sia passato nell'opposto campo. Paolo, il più energico assertore del titolo vero dopo Celso, sembra in tutta la materia del possesso e dell'usucapione ispirarsi a teorie proculeiane.

Ma le cose si complicano per la posizione singolare che rappresenta o vuol rappresentare Giustiniano. A prima vista egli sembra voler riconoscere in pieno l'efficacia del titolo vero. Ciò appare in modo più evidente dalle Istituzioni pel confronto diretto con quelle di Gaio. Ma, come nel tema speciale dell'*usucapio pro herede*, in cui pure ha soppresso nelle Istituzioni tutta l'esposizione gaiana, e nondimeno ha

---

nitori della contraria opinione, come Savigny, Wächter, ecc. Io sono con questi ultimi (V. Bonfante, *Essenza della bona fides*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VI, 1893, pag. 85-118, e in seguito, n. XI).

conservato, si può dire, con alcuni ritocchi l'antico istituto nelle Pandette, così nel tema generale egli si immerge in contraddizioni per conciliare cose inconciliabili. Nessuno, si può dire, dei testi in cui il titolo putativo è riconosciuto senza ambagi e senza giustificazioni è stato immune dalla critica, come vedemmo a suo luogo: le due leggi fondamentali di Africano e di Nerazio (L. 11, D., 41, 4; L. 5, D., 41, 10) e la L. 44, § 4, D., 41, 3 di Papiniano sono state dichiarate interpolate dall'Alibrandi, la L. 4, § 2, D., 41, 10 di Pomponio, e la L. 67, D., 23, 3 di Proculo dal Pernice. E probabilmente la critica ha ragione, per quanto alcuni rilievi dello stesso Alibrandi siano tutt'altro che perentorî, anzi in parte errati.

Nondimeno, per quel che concerne l'esegesi del diritto giustinianeo, tutto ciò non fa se non confermare le nostre conclusioni.

Giustiniano ha codificato la teoria del titolo putativo, pur dichiarando con grande enfasi di codificare la teoria del titolo vero. La limitazione della *iusta causa erroris*, del *probabilis error*, della *non levis praesumptio*, non poteva essere, nella sostanza, straniera ai fautori classici del titolo putativo.

Probabilmente la questione non aveva lo stesso rilievo e lo stesso aspetto, perchè negli antichi giureconsulti, e ciò appare nel modo più schietto dalle Istituzioni di Gaio, non si trattava di reagire alla teoria del titolo vero, di affermare l'equivalenza di un titolo immaginario, di stabilire la scusabilità dell'errore, ma unicamente di risolvere la questione di fatto dell'esistenza o meno della buona fede, e la buona fede sulla base di un crasso errore, era piuttosto difficile ad ammettersi: *aut scit aut scire debet*, dice Giuliano in un caso simile: L. 7, § 2, D., 41, 4. Quanto all'*error iuris* richiamiamo le osservazioni già fatte innanzi (v. sopra, pag. 674, n. 1). La riprova definitiva dello spirito vero della legislazione giustinianea, malgrado le dichiarazioni teoriche e anche un po' enfatiche, mantenute in testa ai singoli titoli del Digesto,

noi l'abbiamo nei bizantini, in cui il requisito della *iusta causa*, nella stessa versione dei testi classici, o sparisce o si fonde con la *bona fides* (cfr. i testi caratteristici in Rotondi, *Problemi giuridici in alcuni scolî di Teodoro Balsamone*, in *Atti del R. Istit. Lomb.*, vol. L, 1915, pag. 873 e 874.

Postilla II. — Non mi sembra giustificato pel diritto classico, e meno ancora pel diritto giustinianeo, quanto afferma il Perozzi in ordine alla questione fondamentale del titolo putativo.

Pel diritto classico egli così si esprime (cfr. Perozzi, *Istit.*, II, pag. 415, nota 2): « I giureconsulti non discussero rispetto al concetto di *iusta causa* in genere, se il titolo putativo vale il vero. Essi anche qui contemplarono le singole giuste cause: così che quella che per noi è una questione, per essi scindeva in tante questioni quante erano le cause.

« Entro ogni singola causa poi ancora non discutevano se il titolo putativo vale il vero, ma solo se in certe ipotesi pratiche di inesistenza di un titolo vero si aveva tuttavia usucapione. E la sentenza variava spesso da ipotesi a ipotesi ».

Ora per lo meno i testi di Celso e di Nerazio discutono sul concetto in genere, non contemplano singole *iustae causae* (cfr. sopra, pag. 671, n. 3). Essi pongono la questione in termini generalissimi, che escludono per qualunque ipotesi la *iusta causa* e prospettano unicamente la *bona fides*: *cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem; id quod quis cum suum esse existimaverit, possederit*, e il testo di Celso con istile vibrato menziona a titolo di esemplificazione tutte quante le cause più comuni, per cui vi ha una propria rubrica, la donazione, la dote, il legato, e financo la *litis aestimatio*. Anche Gaio riconosce genericamente l'usucapione in base alla mera buona fede, esprimendosi nei termini stessi in cui Celso pone la teoria degli *erranti*; escluso unicamente l'*error iuris*, come accade nei fautori del titolo putativo (II, 50).

Vi ha poi, è verissimo, decisioni non imperniate sull'*equiparazione del titolo putativo al vero*, bensì sull'*ammissibilità eccezionale dell'usucapione*, malgrado l'inesistenza del titolo vero; ma le decisioni così concepite derivano appunto da fautori del titolo vero (v. sopra, pag. 669-690). Possibile è solo che alcuni seguaci del titolo putativo escludessero alcune cause. Ma se la posizione dommatica e storica delle due dottrine è nel diritto classico quale ci apparve (vedi pag. 522 e segg., e sopra, postilla I, pag. 677 e segg.), anche questa ipotesi ci può ben offrire, se si vuole, una fase tardiva e attenuata del contrasto, ma è difficile che rappresenti l'originaria configurazione di quella che noi chiamiamo la teoria del titolo putativo e che nel diritto romano meglio si direbbe la teoria della buona fede.

Per diritto giustinianeo il Perozzi così si esprime (l. c., pag. 416): « Delle due opinioni (il titolo vero e il titolo putativo) sono rimaste espressioni nelle fonti giustinianee, e nel sistema della compilazione va considerata come prescelta dal legislatore la seconda (il titolo putativo), *ove non ostino esplicite dichiarazioni* ». E in nota completa il suo pensiero così: « Quali sono quelle relative alle cause *pro derelicto* e *pro donato* ». E pel titolo *pro derelicto* il Perozzi avrebbe, come vedemmo, alleati e precursori di forza, Cuiacio, Brinz e Fitting. Ma non meno esplicite dichiarazioni per l'esigenza assoluta del titolo vero (io non mi raccapezzo assolutamente qual differenza si possa scoprire, se le parole sono proprio, nella forma più monotona, le stesse!) abbiamo nelle nostre fonti circa i titoli *pro emptore*, *pro legato*, e anche *pro dote*; insomma non manca mai questa enunciazione generale in testa a ciascun titolo nominato e inquadrato in una propria rubrica. Che nel diritto classico e nella mente di alcuni fautori del titolo putativo si possa dubitare che la teoria remissiva in ordine alla *iusta causa* fosse applicabile a ogni titolo, in quanto è Giuliano, largo, a quanto sembra, in tema di *iusta causa* e più incline a far posto alla *bona fides*, che nega espressamente il titolo putativo

pro derelicto, passi: ma nel diritto giustinianeo non c'è base per distinguere tra titolo e titolo. Sicchè ripeto le mie parole (v. sopra, pag. 672): « Non resta che scegliere tra l'uno e l'altro principio ». Il diritto giustinianeo non è più diritto vigente; ma quest'ardua legislazione è scuola unica di ermeneutica e rinunceremmo a uno dei pregi più alti dei nostri studi, procedendo nell'interpretazione con negligente fiacchezza.

X.

I limiti originarî dell'usucapione (*).

Furti agi non potest... ante aditam hereditatem, vel POST ADITAM, *antequam res ab herede possessae sunt.*
(ULP., L. 2, § 1, D. *exp. her.*, 47, 19).

1. Nel mio scritto sulla *iusta causa dell'usucapione* (1) io volli dimostrare l'essenza della *iusta causa* e della *bona fides* nel diritto romano e, proseguendo inoltre l'opera dello Stintzing, intesi ricostruire l'ordinamento dell'antichissima *usucapio* quanto ai suoi limiti e al suo svolgimento ulteriore. Secondo il mio concetto, l'antica usucapione aveva a suo limite non già requisiti intrinseci ed etici, come la *iusta causa* e la *bona fides*, bensì una condizione tutta esteriore, che rappresentava lo stesso pensiero riflesso in quei due momenti, cioè non fare che l'usucapione fosse un eccitamento a invadere l'altrui, ma lo rappresentava in un modo conforme all'ideologia primitiva. Tale condizione era precisamente la seguente: che alcuno non fosse andato al possesso in un modo lesivo del possesso altrui.

Secondo il metodo da me seguìto nelle ricerche storiche, la dimostrazione era desunta principalmente dalle sopravvivenze classiche dell'antica struttura dell'usucapione. Esse erano molteplici, per quanto, salvo una o due, non d'ordine fondamentale: erano state avvertite anche in generale dallo Stintzing, ma non poste, a mio avviso, nella loro vera luce per difetto di analisi del carattere organico di ciascun elemento.

(*) Estratto dal volume delle onoranze a Vincenzo Simoncelli, Napoli 1915.

(1) *Riv. it. per le sc. giur.*, XV, 1893, pag. 161 e segg. [v. sopra, n. VIII].

Recentemente un giovane e valente studioso italiano, il Galgano, pubblicò sul tema un lavoro critico (1), il cui tenore per la parte che concerne la teoria demolitrice dei requisiti dell'usucapione nell'antichissimo istituto è piuttosto sorprendente: perchè conclude anch'egli nel senso di negare i requisiti in questione nell'epoca antica, ma per alcune ragioni vaghe e generali esposte in poche pagine finali, mentre tutto lo scritto è destinato precisamente a ribattere gli argomenti positivi svolti dallo Stintzing e da me a dimostrazione della tesi in definitiva dallo stesso Galgano accolta (2).

Se non che questa confutazione — sempre garbata e spesso acuta, di guisa che può veramente impressionare — è, per mio avviso, un puro lavoro dialettico, e, per la parte che concerne i miei argomenti fondamentali, la dimostrazione e anche la documentazione delle fonti è spesso sfuggita all'autore (3).

---

(1) S. Galgano, *I limiti subbiettivi dell'antica usucapio*, appunti critici, Napoli 1913.

(2) [S'intende bene, ma giova insistervi, che questa posizione è solo per la singolarità e per la sproporzione, di cui dico nel testo, sorprendente: dal punto di vista della logica astratta non vi è nulla a ridire nel fatto che una tesi appaia per ragioni generali plausibile e non persuadano invece menomamente gli argomenti positivi con cui si è voluto dimostrarla. Osservo che lo stesso preciso ordine d'idee, nel quale si muove il Galgano, era brevemente presentato dal Perozzi, *Ist.*, I, pag. 406, n. 3: « Lo si può argomentare (che non fosse richiesta in antico la buona fede) da ciò: che, risalendo il corso della storia giuridica, gli elementi etici si trovano sempre meno considerati. Gli argomenti consueti con cui si pretende dimostrare l'assenza del requisito della buona fede, non hanno valore »].

(3) Ciò non mi sorprende più e può dipendere dalla difficoltà di apprezzare nella misura che io credo si debbano apprezzare gli argomenti di struttura, da cui desumo le mie dimostrazioni: perchè mi accade in modo ben più impressionante di veder confutata la mia teoria sull'origine dell'eredità non solo per motivi puramente estrinseci, più equivoci che deboli, e già ribattuti da me, ma senza che gli elementi, sui quali fondo la mia dimostrazione, siano presi in esame; e la nausea che spesso mi assale non è per la confutazione, che mi è sempre grata, ma precisamente per l'assenza di confutazione.

2. Mi propongo in questo scritto, destinato ad onorare l'eminente giurista e mio caro amico, di riprendere in esame uno degli elementi, dal quale io desumeva il limite estrinseco, puramente relativo al possesso, dell'antica usucapione, in quanto in questo argomento il Galgano, discordando da me, si trova d'accordo non solo con l'opinione dominante, ma con lo stesso Stintzing.

Tale è il tema dell'*usucapio pro herede*, cioè dell'usucapione di cose veramente ereditarie, di cui alcuno prende possesso (1). È questo senza dubbio il più importante e complesso rudere arcaico dell'antico diritto romano, perdurante anche nell'epoca del diritto classico, anzi penetrato con alcuni emendamenti che l'hanno sfigurato, ma non reso irriconoscibile, nello stesso diritto giustinianeo. Noi non intendiamo in questo scritto di studiare l'*usucapio pro herede* nella sua connessione originaria con l'eredità, nella ricca storia delle sue trasformazioni e della sua progressiva involuzione. Intendiamo soltanto di prendere in esame la condizione obbiettiva di questa usucapione, che ci conserva una delle sopravvivenze più tipiche dell'antico istituto ed è l'elemento della mia dimostrazione, nel quale io mi trovo in più aperto dissidio cogli scrittori e il Galgano si trova invece in miglior compagnia.

(1) Nel diritto giustinianeo si chiama *usucapio pro herede* anche l'usucapione di cose erroneamente credute ereditarie da chi le possiede e sia quindi in buona fede. Questa usucapione nel diritto classico veniva riconosciuta soltanto dai fautori del titolo putativo, ma il titolo putativo nel caso era quello pel quale si stimava che il defunto possedesse (la compera, la donazione, ecc.), e si chiamava o col nome di quello (*pro dote, pro donato*, ecc.) ovvero genericamente *pro suo*. Ma Giustiniano, che riconosce il titolo putativo, non solo accolse, il che era naturale, questa figura dell'usucapione, ma volle chiamarla (e in ciò ebbe torto) usucapione *pro herede*, favorendo la confusione della *iusta causa* col modo di acquisto, che io mi sono studiato di dissipare, senza che nemmeno in questa parte sia riuscito interamente a far penetrare quello che io ritengo il vero. BONFANTE, *Le singole iustae causae usucapionis* in *Riv*. cit., vol. XVII, 1894, n. 11 e 12 [v. sopra, pag. 641 e segg.].

Un punto risulta chiaro dalle fonti ed è pacifico tra gli scrittori: la correlazione (in senso inverso) tra l'*usucapio pro herede* e il furto di cose ereditarie. Sino ad un dato momento è possibile l'usucapione *pro herede*, ed è invece inammissibile il furto di cose ereditarie: da quel dato momento l'usucapione non è più lecita, e la presa di possesso costituisce furto. Com'è chiaro e com'è nelle fonti stesse asserito (cfr., per es., L. 35, D., 41, 3; L. 71 (70), D., 47, 2, ecc.), questa correlazione precisa implica una relazione di causa ad effetto; l'usucapione è ammessa, finchè e perchè non si commette furto. Dobbiamo tener presente, che in antico il furto comprende anche la presa di possesso illecita di beni immobili, nella stessa guisa che comprende anche l'ablazione violenta: *res furtivae* e *res vi possessae* rappresentavano un concetto unico.

Ma tolta questa indiscussa e indiscutibile correlazione tra l'*usucapio pro herede* ed il furto, che ci permette di conglobare i testi relativi all'un punto ed all'altro, una decisa controversia esiste sul momento in cui l'*usucapio pro herede* cessa di essere lecita e si commette furto, e di conseguenza anche sulla ragione giuridica, onde in antico si riconosce l'*usucapio pro herede* e si esclude il furto di cose ereditarie.

Secondo l'opinione dominante si richiede che l'eredità *non sia ancora adìta*. In altri termini la presa di possesso, e quindi l'usucapione, sarebbe lecita sino a che l'erede non ha fatto adizione dell'eredità; una volta accettata l'eredità, non è più lecita la presa di possesso, e se l'usucapione non è compiuta, essa viene interrotta. Parallelamente il furto di cose ereditarie non è ammesso sino al momento dell'adizione: dal momento dell'adizione da parte dell'erede la presa di possesso che alcuno faccia delle cose ereditarie costituisce furto.

Il motivo che domina l'uno e l'altro principio, secondo l'opinione dominante, è evidente: sino al momento dell'adizione le cose ereditarie sono, come effettivamente si dicono nelle fonti, *res sine domino*, *res nullius*, in quanto

l'antico *dominus* è defunto e l'erede nel diritto romano non acquista i diritti compresi nell'eredità, se non con l'adizione.

Questa opinione è ritenuta unanimemente dai trattatisti, e quasi unanimemente anche dagli specialisti del tema, come il Pernice, il Leist, il Hölder, il Lenel: lo stesso Stintzing, come dicemmo, è nella corrente comune. In Italia si sono dichiarati fautori di essa il Filomusi-Guelfi (1), il Fadda (2), il Perozzi (3).

Io ritenni invece (4), e ritengo, che la presa di possesso e l'usucapione sia possibile e il furto escluso *sinchè l'erede non abbia preso possesso* delle cose ereditarie, il che può accadere anche *dopo l'adizione*, perchè con l'atto dell'adizione trapassano nell'erede i diritti, non trapassa il possesso (5). Il fondamento del principio è che l'antico regime dell'usucapione, a cui si richiama l'*usucapio pro herede*, esige unicamente come suo limite, che non si leda il possesso altrui, e l'antico concetto del furto importa la lesione del possesso altrui, sicchè è escluso il furto, quando l'apprensione della cosa non implica offesa o turbativa di possesso.

Di questa dottrina io non so citare che un solo precursore, il Ihering (6) e un solo seguace, il Pampaloni (7): per buona ventura di un'alta autorità entrambi, e il secondo un critico acutissimo delle fonti. La mia dimostrazione non fu accolta invece nè dal Fadda, nè dal Perozzi, nè è ora accolta dal Galgano.

---

(1) *Digesto italiano*, v. *Successione*, § 17, nota 8.

(2) *Conc. fond. del dir. ered. rom.*, Napoli 1902, II, pag. 4, testo e nota 2.

(3) *Istituzioni*, II, pag. 384, nota 3.

(4) BONFANTE, *Riv. it. per le sc. giur.*, XV, 1893, pag. 175 e 181 [V. sopra, pag. 484 e 488-490].

(5) Cfr. specialmente L. 23, D., 41, 2.

(6) *Abhandl.*, Leipzig 1844, pag. 66. Potremmo aggiungere anche il nostro RUGGERI, *Il poss. e gli ist. di dir. prossimi ad esso*, Firenze 1880, I, pag. 446 e segg.; il quale peraltro non sempre ragiona in modo del tutto plausibile, e scrive sotto l'influenza della falsa lezione di GAIO (II, 58, e III, 201) prima dell'ultima lettura dello Studemund.

(7) *Furto di possesso*, 1894, pag. 160 e seguenti [Aggiungi anche FERRINI, *Dir. pen. rom.*, 1902, §§ 178 e 183, pag. 222 e segg.; pag. 226].

Questa posizione delle cose è assai singolare: poichè l'opinione da me difesa a mala pena si potrebbe dire una opinione; tanto risulta chiara e precisa dalle fonti. Abbiamo in proposito una di quelle contraddizioni dottrinali patenti con i testi, che fanno veramente pensare. Forse, anzi certamente, la nostra opinione è meno corrispondente al modo di pensare odierno, che non la teoria dominante; ma è pur sempre strano il verificare costantemente come il pensiero odierno e il modo di rappresentarsi le cose al giorno d'oggi abbiano un'assoluta prevalenza nei problemi storici.

3. Che le cose siano nei termini in cui diciamo, lo dimostra la serie dei testi, che facciamo senz'altro seguire, relativi ora all'*usucapio pro herede*, ora al furto, ora all'una e all'altro insieme.

Gai., II, 52: « Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius *possessionem heres nondum nactus est*, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere ».

Gai., III, 201: « Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, *quarum heres non est nactus possessionem* ».

Paul., II, 31, 11: « Rei hereditariae, *antequam ab herede possideatur*, furtum fieri non potest ».

L. 6, § 6, D., 25, 2, Paulus, *libro septimo ad Sabinum:* « Quod si mortuo viro amoverit, non facit furtum, quia rei hereditariae *nondum possessae* non fit furtum ».

L. 29, D., 41, 3, Pomponius, *libro vicesimo secundo ad Sabinum:* « Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi, propius est, ut usu eas capere non possis, *quia nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est* neque aliam ullam habes causam possidendi. ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. idem

dicimus, si tu quoque existimes te heredem esse: nam hic quoque *possessio veri heredis obstabit tibi* ».

L. 35, D., 41, 3, Iulianus, *libro tertio ad Urseium Ferocem*: « Si homo, cuius usus fructus legatus erat, *ab herede nunquam possessus*, subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit ».

L. 1, § 15, D., 47, 4, Ulpianus, *libro trigesimo octavo ad edictum*: « Scaevola ait *possessionis furtum fieri*: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, *quia possessionem hereditas non habet*, quae facti est et animi, sed nec heredis est possessio antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis ».

L. 2, § 1, D., 47, 19, Ulpianus, *libro nono de officio proconsulis*: « Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet *ante aditam* hereditatem, vel POST ADITAM *antequam res ab herede possessae sunt*, nam in hunc casum furti actionem non competere palam est » (1).

Sono testi delle più varie fonti: del diritto antegiustinianeo (Gaio, sentenze di Paolo) e delle Pandette; genuini senza dubbio i primi, insospettabili e insospettati i secondi; testi che ripetono, con insistenza quasi pedantesca, che la usucapione è ammessa non soltanto sino all'adizione, ma sino alla presa di possesso delle cose ereditarie, che il furto è pure escluso sino a quel momento. Ulpiano, nell'ultimo testo dice espressamente, che il furto è escluso anche POST ADITAM HEREDITATEM, prima che le cose siano possedute dall'erede.

---

(1) Cfr. anche IAVOLENUS, *libro septimo ex Cassio* (da cui pure si desume, per chi non si faccia velo all'intelletto, che l'*usucapio pro herede* decorre, benchè l'erede abbia adìto, in quanto non ha preso possesso): « Interdum eius *possessionem*, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti eum is, qui pro herede rem *possidebat*, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit ».

Abbiamo delle apparenti eccezioni al principio, ma sono eccezioni precisamente di tal natura, che confermano la regola, e quindi costituiscono una nuova prova.

L. 69 (68), D., 47, 2, Marcellus, *libro octavo digestorum:* « Hereditariae rei furtum fieri Iulianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat »,

L. 70 (69), *eod.*, Scaevola, *libro quarto questionum:* « aut in qua ususfructus alienus est ».

L. 71 (70), *eod.*, Marcellus, *libro octavo digestorum:* « His enim casibus putabat hereditariarum rerum fieri furtum et usucapionem impediri idcircoque heredi quoque actionem furti competere posse ».

È ammesso il furto, benchè si tratti di cose ereditarie, e l'erede non abbia preso ancora possesso: ma è ammesso perchè altri è al possesso delle cose ereditarie *alieno nomine*, cioè in rappresentanza del defunto o dell'erede: l'usufruttuario, il locatario o il comodatario.

4. Il motivo stesso, che sembra così plausibile, dell'opinione dominante, a ben guardare, si rivela fallace. Se il pensiero ispiratore fosse l'esser la cosa ereditaria una *res nullius*, una *res sine domino*, non è l'usucapione che dovrebbe aver luogo, bensì l'occupazione. È quasi ingenuo il dire col Dernburg « sin qui non si è voluto spingere l'antico diritto », giacchè ogni diritto ha la sua logica, che è rappresentata dal suo intimo organismo: e questa logica organica è tanto più forte nel diritto primitivo, che non ammette le deroghe aperte, e spesso violente, del movimento legislativo di un popolo culto, non concepisce che il sacro retaggio degli avi, di origine divina o in qualunque modo augusta, possa esser modificato da una *lex*.

Il Fadda è il solo, il quale rileva, come le conseguenze non collimino tutte con questo postulato teorico (la qualità di *res nullius*), e però si debba « a quell'affermazione dare un significato ben diverso da quello che la lettera suggerisce », ed è indotto a sostenere l'ipotesi, che il diritto

antico abbia effettivamente riconosciuto la libera occupazione delle cose ereditarie. « Il diritto antico non avrebbe tollerato una così evidente contraddizione tra il principio e la realtà..... Il concetto primitivo originario dev'essere stato ben più reciso: la formula *res nullius* deve aver corrisposto alla realtà » (1). Ma per quanto la trasformazione dell'occupazione in usucapione sia stata descritta in una forma brillante e drammatica dal Ihering, essa è pur sempre un'ipotesi, e un'ipotesi nè fondata nè forse troppo verosimile.

In quella vece, a parte il parallelismo cogli altri istituti che attestano l'antica configurazione del limite della usucapione, è certo che nell'eredità giacente l'ordinamento quale risulta dalle fonti è anche conforme allo spirito generale e all'etica dei popoli primitivi. La presa di possesso di cosa ereditaria, finchè l'erede non ne ha preso possesso, esclude il furto, ma non significa acquisto immediato, finchè l'erede può sopraggiungere legittimamente a reclamare l'oggetto: il che vuol dire, che il possesso di chi apprende la cosa non è messo al sicuro sino a che non sia decorso il tempo dell'usucapione.

Alla discussione di carattere generale e dialettico non diamo tuttavia gran peso.

5. Quali sono gli argomenti positivi dell'opinione avversaria, che è pure l'opinione dominante?

Parrà strano, ma non c'è nè un solo testo, nè un solo argomento diretto. Noi abbiamo da un lato una serie di tentativi di incompleta confutazione degli argomenti addotti, in cui la critica si scambia per un'argomentazione positiva, come non di rado avviene ad intelletti critici, dall'altro lato una serie di argomenti indiretti desunti da analogie dubbie o fraintese.

Ecco come si esprime un fautore energico dell'opinione dominante, anche dopo il mio studio, il Perozzi. Dopo aver

(1) Fadda, *Concetti fondamentali*, I, pag. 313, § 250.

detto che l'usucapione è esclusa qualora l'erede « facesse l'adizione prima che l'usucapione fosse compiuta », soggiunge in nota: « facesse l'adizione, diciamo, e non avesse preso possesso delle cose ereditarie, perchè Gaio, menzionando (2, 52; 3, 201) la presa di possesso dell'erede volontario, non può aver voluto che accennare al modo, che egli stesso ci presenta (2, 166) come ordinario, di adizione della eredità. Che l'adizione bastasse ad escludere l'usucapione risulta dallo scopo ch'egli (2, 55) assegna all'usucapione *pro herede: quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri* ».

E il Galgano non fa che ricamare più a lungo sullo scopo di questa usucapione, e ripetere, dichiarandola giusta, la tesi del Perozzi, che con la presa di possesso Gaio non vuol significare se non il modo ordinario di adizione dell'eredità (1).

---

(1) Mette conto, pel ragionamento che segue, di riferire le parole del giovane scrittore, con le mie osservazioni tra parentesi: « Ma in contrario ci si può domandare: è veramente esatto che l'*us. pro her.* possa compiersi anche *dopo l'adizione* dell'eredità? Il passo di Gaio indicante lo scopo di questa speciale usucapione non consente certo una risposta affermativa » (Per *quel passo* poco significativo di Gaio indicante lo scopo sta bene; ma i testi di Gaio, di Ulpiano, ecc., che esprimono direttamente il principio?) « È vero che molti scrittori hanno dichiarato insufficiente tale scopo segnalato da Gaio, e che il Bonfante afferma essere troppo evidente, che « in un istituto antichissimo la sua struttura vale cento volte i motivi arrecati e anche le funzioni accidentali, per iscoprirne la genesi »; ma è pur vero che, quanto all'antichissimo istituto della *us. pro her.*, noi non possiamo ricavarne la struttura, se non dai pochissimi passi pervenutici di Gaio (??), e quindi, tra gli altri, da quello che ne indica lo scopo, conciliato e armonicamente inteso in connessione con i rimanenti, dei quali non può aver per l'interprete minor valore » (Ma, caro Galgano, i testi, *non pochissimi e non del solo Gaio* [v. sopra, pag. 686-688 e pag. 646-665], pervenutici, presentano la struttura arcaica e oramai repugnante dell'*usucapio pro herede*: il testo di Gaio, II, 55, ci offre invece una pura motivazione architettata da Gaio o al più dagli stessi *veteres* e perciò non di minore, ma di *niun valore*, anche se non si avessero testimonianze precise della struttura! E Galgano poi non si limita ad argomentare per la genesi, alla quale unicamente si riferivano le mie parole, ma sulla base di quel passo nega addirittura la perdurante documentatissima regola classica!). « Ora il ricordato passo di Gaio si concilia perfettamente (?) con gli altri due dello stesso giurista (2, 52 e 3, 201), cui *soltanto* si

Ora osserviamo, che nessuno dice, e molto meno Gaio, che la presa di possesso sia l'ordinario modo di adizione: nel passo citato (2, 166) Gaio non fa che ricordare la *pro herede gestio*, la quale, per quanto sappiamo dalle fonti, non è stata mai l'ordinario modo di adizione e non consiste esclusivamente nella presa di possesso di cose ereditarie, giacchè è *pro herede gestio* anche il pagamento di un debito.

Quanto allo scopo assegnato da Gaio all'istituto dell'usucapione *pro herede*, esso mal si può invocare pro o contro qualunque tesi. A dire il vero, la maggioranza degli scrittori non lo invocano e non lo ritengono vero. I Romani possono ben riconoscere gli scopi delle istituzioni viventi e recenti, non già delle istituzioni arcaiche e originarie. D'altra parte, una contraddizione vera tra quello scopo e il limite che noi supponiamo all'usucapione *pro herede* non v'è; nulla vieta di supporre, che si volesse affrettare insieme e l'adizione e la presa di possesso. Tutti questi rilievi ad ogni modo hanno un valore secondario, e non vi è bisogno di vagare nel mondo delle ipotesi. Ciò che importa è che Gaio non può nel passo citato assolutamente considerare la presa di possesso come un modo di adizione; egli distingue nettamente l'*adizione* e la *presa di possesso*, come due momenti, due atti separati. E così fanno tutti quanti gli autori citati. Essi sono sempre precisi, pedanteschi, come abbiamo osservato, e cumulano sempre le due condizioni.

richiamano, come passi decisivi, il Ruggeri e il Bonfante (??) » (Ma, caro Galgano, io non citavo soltanto Gaio, bensì tutta la serie dei passi veramente decisivi, compreso quello di Ulpiano: *ante aditam vel* POST ADITAM; cfr. *Riv. it. per le sc. giur.*, vol. XV, pag. 182, nota 2! [sopra, pag. 490, n. 1]), « e nei quali si dice essere possibile l'occupazione delle cose ereditarie *quarum heres non est nactus possessionem*, ritenendo, come fa giustamente (!) il Perozzi, che Gaio, menzionando qui la presa di possesso dell'erede volontario, non può aver voluto, se non accennare al modo che egli stesso ci presenta (2, 166) come ordinario (?) di adizione dell'eredità » (Galgano, l. c., pag. 70-71). — Sembra che il Galgano non abbia presenti che i due testi di Gaio, e non abbia riscontrato il tenore, anzi nemmeno osservato la citazione da me quivi fatta degli altri, nè letto le parole d'Ulpiano da me testualmente riferite quivi e rilevate nella stampa!

Non si potrebbe parlare più chiaro di Ulpiano nella L. 2, § 1, D., 47, 19: o prima dell'adizione o anche DOPO L'ADIZIONE, egli dice, prima che l'erede abbia preso possesso. Di fronte ad una documentazione così evidente, c'è da rimaner attoniti (1).

6. Si adduce poi dai fautori dell'opinione dominante il seguente testo di Paolo, L. 6, D., 47, 19:

Paulus, *libro primo ad Neratium:* « Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit ». Paulus: « rei hereditariae furtum non fit *sicuti nec eius, quae sine domino est*, et nihil mutat existimatio subripientis ».

Appare da questo testo, si dice, che Paolo pone in relazione l'impossibilità del furto con la qualità di *res nullius* della cosa compresa nell'eredità giacente. Ora essa cessa di essere *nullius* con l'adizione. Il testo, veramente, per chi non fosse nutrito di preconcetti, è uno dei più innocui. Paolo non fa che opporsi ad un'applicazione veramente eccessiva della teoria proculeiana, che aveva costantemente di mira l'elemento intenzionale, l'*opinio*, l'*existimatio*, e richiamare contro di essa il principio sabiniano della *substantia*, della *res*, che egli certamente seguiva. E volendo opporsi con energia, dichiara recisamente, che l'opinione di chi apprende la cosa non significa nulla, se la cosa non è suscettibile di furto, come la cosa ereditaria o come

(1) In una maniera più cauta esprimeva il FADDA quello che costituisce in modo risoluto il punto di partenza del PEROZZI; egli ritiene cioè probabile (più probabile di fronte alla tesi del DERNBURG, di cui or ora diremo) « che tanto GAIO (3, 201) quanto gli altri passi che accennano al possesso dell'erede vogliano con questo accennare all'accettazione (FADDA, op. cit., pag. 5 in fine) ». Un attento esame deve far persuaso il FADDA che i testi esprimono nel modo più netto le due cose, la presa di possesso e l'adizione come requisiti distinti. Quanto all'ipotesi del DERNBURG, che nell'epoca antichissima l'erede non divenisse proprietario delle cose ereditarie se non per via di apprensione, il FADDA stesso la respinge come arbitraria, e ad ogni modo osserviamo, che non si possono assumere ipotesi come argomenti, specialmente in un tema, in cui gli argomenti diretti non mancano.

quella che è *sine domino*. Non è detto nel testo pertanto, che il furto di cose ereditarie sia escluso, perchè esse sono *sine domino*, ma si rincalza la dichiarazione, che il furto non è ammesso col richiamo delle *res sine domino*, delle vere *res nullius*, in cui pure non è ammesso. D'altra parte, se è vero che non vi ha furto delle *res nullius* in senso assoluto, e ciò basta perchè la comparazione sia giusta, è pur vero che queste cose sono anche *sine possessore*. Si può anche ritenere, come suppone il Pampaloni (1), che quel paragone, sul quale si appunta tutta l'argomentazione degli avversari, sia interpolato dai compilatori, il che ne distruggerebbe anche più semplicemente il valore, che è puro valore dialettico.

Ma in ultima analisi, com'è possibile che Paolo, al quale appartiene la L. 6, § 6, D., 25, 2, al quale, fuori della compilazione giustinianea, appartiene il testo riferito delle sentenze, in cui così nettamente si esprime il concetto che è escluso il furto di cose ereditarie, *sinchè non vi è stata presa di possesso da parte dell'erede*, anche dopo l'adizione, venga poi a contraddire se stesso, riponendo esclusivamente la ragione dell'assenza di furto di cose ereditarie nell'assenza di dominio?

7. Un testo sul quale il Fadda ricama un sottile ragionamento è la L. 33, D., 41, 1, Ulpianus, *libro quarto disputationum:* « In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filii familias militis legatur, vel eo, quod stipulatur servus, tractatur apud Marcellum libro vicesimo, ex cuius persona vel stipulatio vires habeat vel legatum. et puto verius, quod et Scaevolae videtur et ipse Marcellus tractat, si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo, si adita non sit, uti in proprio patris esse spectanda: et si usus fructus fuerit huic servo relictus, modo patri videri delatum, modo heredi nec a persona in personam creditur transisse. Eadem distinctione quis utetur etiam, si res fuerit

(1) Loc. cit., pag. 177, nota 21.

subtracta: aut cessare (aut non *del.*) furti actionem dicet, si ex testamento adierit, quoniam hereditati furtum non fit, aut, si non adierit, patri dabitur furti actio ».

Questa legge, dice il Fadda, accorda l'*actio furti* al *pater familias* relativamente a cose appartenenti al peculio castrense di un figlio defunto, rubate mentre l'erede testamentario di costui deliberava, se accettare o no, quando questi abbia finito per ripudiare. In questo periodo nessuno certo possedeva.

Ora il testo così interpretato proverebbe troppo, perchè ammetterebbe la possibilità del furto anche prima dell'adizione, e quindi è come se non provasse nulla. In realtà, rettamente interpretato, esso fa prova a favore della nostra tesi o è innocuo. Il peculio castrense non è vera *hereditas*: si tratta come *hereditas*, se il *filius familias* ne ha disposto per testamento e l'istituito adisce l'eredità; si tratta come peculio, ed è riassorbito *iure peculii* nel patrimonio del *pater familias*, se il *filius familias* non ne ha disposto, o il terzo istituito non accetta l'eredità. Questa distinzione noi dobbiamo tener presente per valutare i rapporti tenuti in sospeso durante la giacenza del peculio, e questa distinzione tiene presente Ulpiano nel principio e nel § 1 della legge. Se l'erede accetta l'eredità, non vi è furto durante la giacenza *quoniam hereditati furtum non fit*: se non accetta, non abbiamo più un'eredità, ma un peculio, il quale si considera come se non si fosse mai staccato dal patrimonio familiare. Ora il *ius peculii* implica non solo che il *pater familias* è titolare dei diritti, ma anche, come si ripete numerose volte, che egli è possessore delle cose facenti parte del peculio, onde, qualora il terzo non abbia accettato l'eredità, nei rispetti del *pater familias* è come se non fosse mai stata deferita, e nella stessa guisa che retroattivamente la stipulazione si intesta al *pater familias* e si regola secondo la sua capacità, nella stessa guisa che l'usufrutto lasciato al servo è devoluto al *pater familias*, anche il possesso si considera come non mai staccato dalla

sua persona, nè la morte del *filius familias* gli fa perdere il possesso, come non glie lo fa perdere la morte del colono o del rappresentante in generale.

8. Un'argomentazione che ha un'apparenza di solidità e di serietà è quella che il Dernburg per il primo, e dietro a lui il Galgano, desumono dal regime generale del furto fuori delle cose ereditarie.

È certo che il furto è riconosciuto nel diritto romano, anche indipendentemente dalla lesione del possesso. Si ricorda in proposito la serie delle ipotesi enunciate o discusse nelle fonti: il furto compiuto ai danni di un *captivus*, per cui si concede l'*actio furti* al *postliminio reversus* (L. 41 pr., D., 47, 2); il furto delle cose smarrite o cadute da un veicolo (L. 43, § 4, D., 47, 2; § 48, J., 2, 1); degli animali smarriti (L. 1, § 1, D., 47, 14: chi se ne impadronisce non è *abigeus*, ma *fur*, dice Ulpiano); il furto dell'animale di un gregge, che è stato rapito dai lupi e strappato a questi da un terzo (L. 44, D., 41, 1); il furto del tesoro improprio, cioè degli oggetti sepolti per ragione di custodia (L. 31, § 1, D., 41, 1). Ed è ripetutamente con una certa insistenza contemplato nelle fonti il furto delle cose gittate in mare per salvare il carico o gittate sulla spiaggia da un naufragio (L. 9, § 8, D., 41, 1; L. 44, D., 41, 1; L. 43, § 1, D., 47, 2; L. 3 pr., D., 47, 9; § 48, J., 2, 1). Una speciale importanza attribuisce il Galgano alla lunga legge 44, D., 41, 1, relativa agli animali rapiti da una fiera, e specialmente alle parole *si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem*, che sembrano mettere l'esistenza del furto in diretta ed esclusiva relazione con la lesione del dominio. In tutta questa discussione egli si richiama all'autorità del Pampaloni, e al primo studio da questo autore compiuto sul delitto di furto, ov'è una larga disamina del requisito in questione e della L. 44 citata (1).

---

(1) Pampaloni, *Arch. giur.*, vol. XXVIII, 1882, pag. 173.

Ora tutte le ipotesi discusse sono estranee alle *res hereditariae*. Alcuni dei testi sono strani per l'esitanza con la quale il giureconsulto procede, e suscitano qualche dubbio, come il testo relativo al *captivus postliminio reversus* (*poterit quis dicere eum furti habere actionem*); altri, come la L. 31, § 1, D., 41, 1, relativa al tesoro improprio, male appropriati, perchè delle cose deposte a scopo di custodia si conserva il possesso: altri faticosamente elaborati, come la L. 44, D., 41, 1, e la L. 43, § 1, D., 47, 2, rispetto alla quale dice lo stesso Fadda che l'argomento che il Dernburg ne desume « non ha molta base e le distinzioni ulpianee sono addirittura strane ». Tuttavia l'analisi minuta dei testi ci può esser risparmiata; quello che importa al nostro oggetto è che quelle ipotesi sono estranee, e la stessa configurazione di esse nulla ha che vedere con la presa di possesso delle cose ereditarie. Si tratta di oggetti di cui si è perduto il possesso soltanto *corpore;* l'*animus* non ha cessato, e all'*animus* dànno i giuristi classici tale importanza da ritenere in una serie di ipotesi il principio: *solo animo retinetur possessio.* Anzi i giureconsulti proculeiani giungevano sino ad ammettere la *possessio* del tesoro nascosto nel proprio fondo non appena si fosse venuti a cognizione della sua esistenza, *quia quod desit naturali possessioni id animus implet.* Non possiamo quindi in modo assoluto fare il confronto con un'ipotesi, in cui manca il possesso *animo et corpore.*

I dubbî e le discussioni dei giureconsulti nelle stesse ipotesi enunciate possono far ritenere legittimamente, che nell'antico diritto romano fosse principio generale ed assoluto che in qualunque modo non vi è furto, se non vi è lesione del possesso altrui. Noi siamo in presenza di una reazione ad una concezione piuttosto brutale, e l'insistenza con la quale in una serie di testi i giureconsulti romani ribadiscono il furto degli oggetti gittati in mare per salvare il carico e degli avanzi di un naufragio, fanno pensare ad una concezione arcaica, in cui vigeva il diritto primitivo delle *épaves* e il diritto di naufragio. Ma nel tema delle cose

ereditarie non vi è dubbio che non vi è furto, se non vi è lesione di possesso.

9. Contro la mia tesi ripetutamente il Galgano cita, come dicemmo, l'autorità del Pampaloni. Il che sarebbe certamente grave, se il Pampaloni nei suoi studi sul furto si trovasse in contrasto con la mia tesi. Se non che precisamente il Pampaloni in uno scritto posteriore (1), rimasto, per quel che sembra, ignoto al Galgano, accetta la mia tesi, richiama il mio studio e tutta la mia dimostrazione, e tesse alla sua volta una lunga dimostrazione diretta a stabilire, che il diritto romano più antico esigeva in ogni oggetto e non nelle sole *res hereditariae* la violazione del possesso, ossia che l'àmbito del *furtum rei* era ristretto a quello che il diritto germanico chiama furto (*Diebstahl*) e i moderni chiamano furto proprio. Sulle varie fasi percorse per giungere ad una concezione più larga del furto, che il Pampaloni tenta di ricostruire, noi non insistiamo. Ci basta di stabilire, che la configurazione speciale per quel che concerne il furto di cose ereditarie e il limite dell'*usucapio pro herede* è innegabile, e non è nemmeno una dottrina particolare di Scevola, come si è detto. È la dottrina di Giuliano, di Giavoleno, il suo maestro, e di Marcello, il suo commentatore e il suo critico, di Gaio, di Ulpiano e di Pomponio, è la dottrina degli autori commentati da costoro o di scuola sabiniana, o di scuola proculeiana. è la dottrina pacifica nella giurisprudenza romana.

10. Un nuovo argomento indiretto e dialettico per la tesi avversaria è il seguente: l'usucapione *pro herede* non è ammessa di fronte all'*heres suus* o *necessarius* (2). Trattandosi di un argomento di fine dialettica, non tutti vi

(1) *Studi sopra il delitto di furto*, negli *Studi senesi*, 1894, pag. 172 e seguenti.

(2) GAI., II, 58; 3, 201; L. 2, Cod., 7, 29.

ricorrono, ma il Fadda (1) e più lungamente il Galgano (2) vi si fondano entrambi. Il ragionamento infatti è semplice e attraente. Il *suus* succede *ipso iure*, non ha bisogno di adizione; perciò non vi ha un momento in cui sia possibile questa usucapione.

Noi riteniamo, al contrario, che nella concezione arcaica, e probabilmente ancora nel diritto classico, il *suus* continuasse proprietà e possesso, e quindi di fronte a lui si commettesse precisamente quella violazione di possesso, che impediva l'usucapione, e costituiva il furto.

Questa spiegazione si presenta forse a prima vista meno naturale della precedente, ma ciò avviene perchè le spiegazioni fondate sull'ordinamento più prossimo a noi sono sempre, per quell'eterno assioma vichiano che noi siamo proclivi a giudicare dalle cose presenti le cose passate, più accessibili al nostro spirito.

Il concetto che il *suus* succede immediatamente nel possesso non è nuovo, indipendentemente dalla controversia presente, e fu sostenuto prima della scoperta di Gaio e per lo stesso diritto giustinianeo.

Si soleva argomentare dalla posizione del *suus* e dai testi che considerano i *sui* come *quasi condomini* del patrimonio paterno, che parlano di una *continuatio* di rapporti tra il defunto ed il *suus*, che affermano persino come rispetto ai *sui* « *nulla videatur hereditas fuisse* ».

Noi crediamo tuttavia, che nel diritto giustinianeo la successione immediata del *suus* nel possesso non si possa sostenere. Simili considerazioni e le dichiarazioni generali dei giureconsulti hanno scarso valore per il diritto delle Pandette e, data l'assenza di qualunque argomento o testo preciso, non ci è lecito distinguere tra l'*heres suus* e ogni altro erede in ordine al passaggio del possesso. La *successio ipso iure* risparmia semplicemente l'adizione, ma si vuol

(1) Fadda, l. c.
(2) Loc. cit., pag. 91-92.

riferire pur sempre ai diritti, e il possesso è una *res facti*: per questa ragione l'erede non acquista il possesso con l'adizione, per questa ragione il *postliminio reversus* non lo riacquista, pur riacquistando tutti i diritti. D'altra parte nel diritto giustinianeo i *filii familias* hanno una personalità di fronte al *pater familias*, le reliquie dell'antica loro incapacità patrimoniale si riducono a scarse sopravvivenze, e l'unità patrimoniale è in sostanza un concetto veramente storico.

Ma la cosa è ben diversa nel diritto classico e più ancora nel diritto arcaico. Qui l'unità patrimoniale della famiglia è una cosa seria, reale, assoluta. La vita della famiglia doveva nelle origini esser vita comune, e precisamente il quasi condominio dei *filii familias* non si può riferire che al fatto. Nell'ordinamento arcaico della famiglia, in cui essa costituiva un'unità compatta e vivente sullo stesso fondo, in cui precisamente i *filii familias* erano ministri e strumenti del *pater familias* per la conclusione dei negozi giuridici e suoi rappresentanti in ordine al possesso, si comprende come la morte del *pater familias* non dovesse turbare la continuità del possesso. È in sostanza lo stesso motivo pel quale il possesso, mentre non si trasmette nella *successio mortis causa*, trapassa nella successione *inter vivos*, in quanto il soggetto, l'arrogato, ad esempio, che prima possedeva *suo nomine*, comincia a possedere *nomine alieno* (1).

Abbiamo nel passaggio di possesso al *suus* il fenomeno inverso del passaggio del possesso al padre arrogatore, e una figura analoga alla *traditio brevi manu*.

Il Galgano muove alla mia tesi l'appunto, che io sono costretto a ricorrere ad una finzione, la quale non trova appoggio nelle testimonianze delle fonti, ed è contraddittoria con la realtà e sovrattutto con la circostanza che il possesso è una *res facti*. Le varie critiche si appuntano tutte sul concetto della finzione. Ma se pel diritto giusti-

(1) Cfr. L. 16, D., 43, 26; in senso contrario per l'eredità L. 12, § 1, *eod.*, e PAUL, 5, 6, 12.

nianeo la continuazione del possesso nel *suus* può forse dirsi una finzione, nel diritto antico essa è una realtà: una realtà sociale s'intende, come sono da intendere in senso conforme alla coscienza sociale i requisiti stessi del possesso. Altrimenti converrebbe a questa stregua ritenere una finzione il passaggio del possesso nella successione *inter vivos*, la *traditio brevi manu*, e tutti i casi, in cui la continuazione del possesso dipende più o meno dal puro *animus*.

A me sembra che se il riguardo alla struttura organica degli istituti fosse maggiore nei nostri studiosi, essendo data la precisa e copiosa documentazione relativa alla dipendenza dell'*usucapio pro herede* e del furto di cosa ereditaria dalla violazione di possesso, noi dovremmo invocare le stesse fonti a dimostrare la tesi che il *suus* nel diritto antico continuava il possesso. Sia, ad ogni modo, come si vuole su questo punto estraneo al nostro tema: ci sia lecito in generale, a proposito dell'*usucapio pro herede* e del limite dell'antica *usucapio*, di muovere ai nostri colleghi, giovani o grigi, il mònito di non chiudere gli occhi con tanta ostinazione alle attestazioni delle fonti e alle regole organiche degli istituti, quando esse ripugnino alle concezioni moderne o personali (1) e di non voler ridurre la nostra povera scienza del diritto a un puro esercizio dialettico.

Postilla. — Il Perozzi in una comunicazione privata su questo scritto dichiara di ritenere interpolato precisamente il testo di Ulpiano, cioè la L. 2, § 1, D. *exp. her.*: « Per l'appunto la L. 2, § 1, D., 47, 19, che hai posto per iscrizione all'opuscolo, è interpolata ».

---

(1) Negli argomenti che toccano l'eredità ciò avviene ad ogni passo. Per non citare i miei lavori, ricordo i due studi di V. Scialoja, mirabili nella loro semplicità, sulla successione del *populus romanus* e sulla successione degli Dei, che eliminano queste fantastiche successioni ereditarie, nelle quali l'economia (il prediletto motivo pratico!) era invocata così a sproposito per travisare o demolire elementi organici espressamente attestati dalle fonti: che la *res publica* non può essere istituita erede, che gli Dei non possono essere istituiti eredi.

Ma non saranno a questa stregua interpolati anche gli altri testi? Non si dovrà rifiutar fede anche ai testi del diritto antegiustinianeo, i due di Gaio e quello delle *receptae sententiae* di Paolo? Non si esprime in tutti con le stesse parole: « antequam ab herede *possessae sint*, antequam ab herede *possideantur*, nondum *possessae*, ecc. », sempre lo stesso concetto? Degli undici o dodici testi che pongono il principio e ragionano in base ad esso, ce n'è un solo che parli di adizione? e c'è un solo testo del diritto romano (ho mostrato che la citazione di Gaio, II, 166, fatta dal Perozzi e ripetuta dal Galgano sulla sua fede, è errata), il quale dia il più lontano appiglio a confondere presa di possesso e adizione? E se il testo di Ulpiano col suo *vel post aditam hereditatem* è veramente *à crever les yeux*, conforme allo stile di questo giureconsulto, prolisso, ma sempre di una evidenza cristallina, non sarebbe il caso di dire (se il Perozzi volesse insistere su questa fugace ispirazione) che bisognava svegliarsi un poco prima per accorgersi che la tesi era esegeticamente disperata, finchè non si facesse ricorso all'eroico rimedio di una vasta operazione chirurgica? Ma qual motivo avrebbe avuto Giustiniano per l'interpolazione? Io credo di aver tutto il diritto di rimaner di stucco.

Nello scritto precedente io non facevo menzione del Betti. La sua adesione ai miei critici comparve in uno studio *Sulla vindicatio primitiva*, pubblicato pur esso nel 1915, cioè mentre io scriveva il mio, ignari l'uno dell'altro.

In una breve nota al suo studio (*Filangieri*, 1915, pag. 324 e 325, nota 1), il Betti, prendendo di mira le mie lezioni, invocava per la tesi contraria astrazioni generali e un po' torbide, e l'autorità, sia di vecchi maestri, come il Pernice e il Lenel, sia di giovani autori, come il Rabel e il Partsch. Con l'autorità che a me pure per lo meno viene dagli anni, io diressi un mònito forse un po' troppo vivo al giovane autore (V. *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, nel vol. I, di questi studi, pag. 492, nota 1), in cui, pur riconoscendo la forza e la passione scientifica

del Betti, lo esortavo a rifare la sua educazione scientifica in Italia e non risolvere i problemi con astrattezze pretenziose e citazioni di autorità. Il giovane autore risponde in un'aggiunta, *pardon*, in un *excursus* a uno scritto, che non ha niente che vedere col tema (*Bull. dell'Ist. di diritto rom.*, vol. XXVIII, 1916, pag. 332 e 333), e risponde in modo che mi fa persuaso quanto il mònito sull'un punto e sull'altro fosse meritato.

Perchè nel suo *excursus* non c'è proprio altro, null'altro, di nuovo, che astrattezze e difesa delle sue autorità! La sua tesi per vero è più prudente di quella del Perozzi e dei vecchi autori. Egli segue l'indirizzo del Lenel e professa l'opinione che l'*aditio* fosse bensì « un vero e proprio atto di *presa di possesso* », ma solo « *ne' remoti tempi delle prime origini* » (il corsivo è nel testo del Betti). Prendiamo la tesi qual'è: il Betti non sa addurre altro argomento se non la concezione materialistica dell'antico diritto, sulle orme del Lenel, la pretesa confusione originaria tra *dominium* e *possessio*, le sue concezioni personali sull'adizione originaria della magistratura (« per la semplice ragione che noi concepiamo anche l'*originaria aditio* della magistratura quale un vero e proprio atto di *presa di possesso* » : di quale cosa *materiale?*): non un indizio diretto, non un argomento desunto dallo sviluppo organico delle istituzioni, conforme al metodo che io insegno. Egli infine rimprovera a me di attribuire il valore di testimonianze storiche delle origini « alle affermazioni dei giuristi classici circa l'essenziale differenza che esisteva *ai loro tempi* [il corsivo è sempre del Betti] tra « *adire hereditatem* e il *possidere res hereditarias* ».

Prendo atto intanto di questa dichiarazione: « che esisteva *ai loro tempi* ». Essa è già per me una bella vittoria di fronte all'opinione dominante, che non distingue e malmena i testi, come appare dallo scritto che precede. Il Perozzi si rifugia ora nel diritto classico, stimando i testi interpolati, il Betti nel diritto antichissimo. Mi par di leggere le opinioni di quei teologi del seicento, i quali collocavano

il Paradiso in sedi via via più remote, a mano a mano che progredivano le scoperte astronomiche.

Ma la tesi del Betti è non soltanto priva di argomenti. Quel che sappiamo è decisamente contro di essa. Le testimonianze positive dei giureconsulti, che egli disprezza (lui che attribuisce valore di testimonianze storiche alle elucubrazioni filosofico-naturalistiche di Nerva nella L. 1, § 1, D., 41, 2!), parlano senz'altro per le origini, perchè si riferiscono allo strato più arcaico dell'*usucapio pro herede*, che riflette la struttura primitiva dell'istituzione: come appare anche dal fatto che soltanto nel furto di cose ereditarie si guarda ancora esclusivamente a un momento esteriore e materialistico, la lesione del possesso. Ed è certamente caratteristico che mentre la *usucapio pro herede* è sempre imperniata nella lesione del possesso, la speculazione dei giureconsulti classici, traviata dallo spirito del tempo, *con una contraddizione evidente*, si foggi un motivo che ha per base e punto di partenza l'*aditio:* quando Gaio o il suo autore si propongono di dar ragione perchè è stata introdotta *tam improba possessio et usucapio*, pronunciano semplicemente: « quia voluerunt veteres maturius hereditates adiri ».

La concezione materialistica dell'antico diritto è uno di quei motivi generici che conviene saper applicare. L'uso anch'io, come si vede, ma, credo, meno a sproposito: e a ogni modo non uso e non ho usato mai nè questo nè altro motivo generale come argomento esclusivo. D'altra parte ho spesso dichiarato che il diritto primitivo ha pur esso il suo organismo e non si può ricostruire l'antica società, materializzando le istituzioni, i concetti, i sentimenti *dell'oggi*.

L'eredità e l'adizione dell'eredità avevano nell'antica società romana un carattere più vasto e organico, in quanto l'elemento patrimoniale rimaneva precisamente annegato in una serie di elementi etici e potestativi di maggior rilievo. È possibile al Lenel ridurre l'adizione primitiva all'afferrare l'oggetto, perchè egli segue le viziose concezioni straniere

circa l'essenza patrimoniale e grettamente patrimoniale dell'antica eredità romana, e fa il solito abuso del diritto comparato, incorrendo in veri errori: ma non dovrebbe esser lecito in Italia di seguire questi fantastici sogni.

Nella seconda parte del suo *Excursus* il Betti difende i suoi autori, cioè i maestri tedeschi, e con una certa fierezza, che è forse lievemente stonata, dichiara di contrastare « un certo andazzo *oggi* corrente in Italia e al quale sembra render omaggio lo stesso prof. B. ». Ora io non ho punto offeso in quella nota i maestri del Betti, nè abbassato la scienza tedesca. In altri tempi, cioè non *oggi*, ma nel 1906, io mi espressi in modo assai aspro in confronto del Pernice con queste parole (*Istituti possessorî*, Lezioni, 1906, pag. 124, nota 5): « Triste modello, questo pontefice massimo dell'esegesi moderna, il cui apparente rigore critico cela il più sfrenato arbitrio e il dommatismo più autoritario: sarebbe difficile stabilire se abbia più giovato il suo impulso o più recato danno la fede nella sua irregolare mentalità ».

Oggi reputo queste parole eccessive: ma non reputo eccessivo il seguente giudizio formulato da me, di nuovo, non oggi, ma nel 1910, che fu riconosciuto esatto anche da stranieri, e nella stessa Germania: « Je ne saurais en effet imaginer un autre ouvrage plus inorganique che le *Marcus Antistius Labeo*, ni un guide plus dangereux dans le domaine de l'idéologie. Une méthode juste en soi avec des idées directrices aussi erronées, une argumentation où l'on n'aperçoit jamais en pleine lumière ce qui est essentiel, mais où le raisonnement s'égare en observations et distinctions subtiles, tout cela me rappelle souvent ce que Stace dit de Virgile dans le *Purgatoire* de Dante: que semblable à ceux qui tiennent la lanterne derrière eux il avait éclairé les autres en restant lui-même dans l'obscurité » (*Nouvelles études de droit romain en Allemagne*, pag. 6, in *Scientia*, vol. VII, 1910).

Oggi andrò anche più in là: le dirò che io non trovo nulla a ridire che i tedeschi siano tedeschi e rechino negli

studi i loro metodi, la loro coltura, la loro mentalità. Trovo anche naturale, data l'alta e giusta estimazione della scienza tedesca, che i Francesi, come il Girard, il Cuq, l'Appleton, ne seguano, più pedissequamente certo di noi, le correnti di pensiero e di studi e abbiano del nostro movimento scientifico un'idea imperfetta, superficiale e falsa. Sono disposto anche a trovare spiegabile che il Lenel in un articolo sull'origine dell'eredità ignori totalmente i miei studi e brancoli così miseramente nel buio, prendendo persino, lui dottissimo, sui testi e sui principî, gli abbagli che io ho rilevato nel mio studio critico dedicato alle teorie sull'origine dell'eredità (v. *Scr. giur. varî*, vol. I, pag. 487-503). Ma che un giovane italiano, invece d'imparare, com'è dovere, dai tedeschi, rimanendo italiano, divenga più tedesco dei tedeschi, nella forma, nella mentalità, nella coltura, nei metodi, fino a convertire, come accade ai neofiti, in difetti, per la loro esagerazione, i pregi dei suoi maestri, che questo giovane e forte studioso italiano, pur avendo a sua disposizione in Italia risultati e guide di cui non dispone il tedesco, si richiami a un infelicissimo articolo del tedesco (articolo che dal punto di vista italiano io non posso altrimenti definire se non come lo studio di un ignorante, e si chiami pur nel caso questo ignorante Ottone Lenel); che ricondotto sulla retta via e invitato a procurarsi una visione più larga del diritto romano, una cognizione migliore dei metodi di indagine, a non parlare a vanvera di momento patrimoniale e momento personale, di teorie unilateralmente (?) personalistiche (?), questo giovane si ribelli al mònito e levi un inno alla scienza d'oltr'alpe, tuttociò non è nè bello, nè sano, e di fronte a questo cieco feticismo si giustifica pur troppo « quell'andazzo oggi corrente », che almeno, con le sue sciocche e dannose esagerazioni, muove da un qualche ideale motivo. Creda pure, Betti, *nel diritto romano* può imparare qualche cosa anche in patria e può insegnarne anche in Germania.

XI.

Essenza della “ bona fides „ e suo rapporto colla teorica dell'errore (*).

SOMMARIO.

1. Questioni: stato etico o stato psicologico (errore). Concezione positiva o negativa (assenza di mala fede). Dipendenza o indipendenza dalla scusabilità dell'errore. Origine della discussione. Scheurl. Bruns. — 2. Controversia Bruns-Wächter. Opinione del Wächter: La buona fede è un fatto dello spirito, — il dubbio del possessore non la esclude, purchè non sia tale da escludere la credenza, — l'errore su cui si fonda è *segno di riconoscimento* che la volontà fa difetto (errore improprio del Savigny), e quindi la sua scusabilità non importa; essa concerne solo il titolo putativo. — 3. Opinione del Bruns: La buona fede *romana* è un fatto esclusivamente etico, — per conseguenza (Bruns) ci vuole una convinzione assoluta, — e l'errore inescusabile esclude la buona fede. — 4. Opinione del Pernice: La buona fede consta tanto dell'elemento etico quanto dell'elemento intellettuale; ma questo prevale assolutamente sull'altro nei giuristi romani, eccettuato il solo Pomponio, — il dubbio nuoce al possessore, se prodotto da circostanze concrete e dimostrabili, – qual rapporto interceda tra essa e l'errore nel pensiero dei giureconsulti romani allo stato attuale delle fonti non si riesce a stabilire; a ogni modo l'*error iuris* esclude l'usucapione. — 5. Mia opinione. Premessa fondamentale: La *bona fides* è un fatto etico *non alterato dal diritto*, in qualunque rapporto l'assuma. Conseguenze: I. Presupposto di un fatto etico è sempre l'azione (comportamento esteriore) o il pensiero (fatto psicologico): presupposto *normale* della buona fede quanto all'usucapione è solo un fatto psicologico, l'errore. Non è concepibile nè una opposizione dei due momenti, nè una prevalenza mai dell'uno sull'altro. II. La buona fede è misurata dalla coscienza popolare e presso i Romani significava assenza di mala fede. III. La scusabilità dell'errore non importa per la buona fede: solo nell'ulteriore espansione della *bona fides* a detrimento della *iusta causa usucapionis* si afferma

(*) Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VI, 1893, pag. 85-118.

la scusabilità dell'errore, ma come requisito indipendente dell'usucapione, non collegato *organicamente* colla buona fede in guisa da fare di questa una categoria esclusivamente giuridica o civile. — 6. Dimostrazione della premessa fondamentale e della prima tesi. Denominazione (*fides, bona fides*) ed espressioni (*fideicommissum, fiducia*, ecc.) significanti un concetto e una norma etica generale: assenza di notizie circa una possibile alterazione giuridica del concetto etico. Esplicazione essenziale della *bona fides* nella *possessio bonae fidei* in senso proprio. Espressioni romane: *credere, putare*, ecc. Critica del Bruns circa l'opposizione dello stato etico e dello stato psicologico. Critica del Pernice circa la prevalenza dell'ultimo. — 7. Dimostrazione della seconda tesi. Critica del Bruns circa il grado elevato della buona fede romana. Critica del Pernice circa il soverchio gravame imposto al giudice nel valutare la scienza e coscienza del possessore. — 8. Dimostrazione della terza tesi. Critica del Bruns circa la influenza della scusabilità. Critica del Wächter circa la separazione tra il titolo putativo e la *bona fides*. Argomenti per la correlazione storica e logica tra l'esaurimento della *iusta causa possidendi* o *usucapionis* e l'assurgere della *iusta causa erroris* in sua vece, accanto alla *bona fides*.

1. Circa la *bona fides*, indipendentemente dall'àmbito e dall'uffizio che essa ha nell'usucapione, si agitano le seguenti questioni, che concernono più intimamente l'essenza sua e potrebbero quasi riguardarsi come questioni pregiudiziali: Si dee concepire la buona fede come uno stato etico o come uno stato psicologico, un errore? Si dee concepire positivamente, richiedere cioè una convinzione positiva e assoluta, o negativamente, cioè come una mera assenza di mala fede? E in qual relazione è la buona fede colla dottrina dell'errore? in altri termini, l'errore inescusabile distrugge la buona fede ovvero non ha alcuna influenza su di essa?

I nostri vecchi giuristi definivano schiettamente la *bona fides* come una falsa credenza, un errore: n'avevano quindi, si direbbe ora, un concetto psicologico tutti quanti. Tale falsa credenza era in generale per essi la *opinio dominii*.

Ma si vide ai nostri giorni che la buona fede non presuppone sempre un errore. Discutono alcuni testi se vi sia nella specie *bona* o *mala fides*, si deve supporre in altri la *bona fides*, e così negli uni come negli altri la specie esclude o pare escluda l'errore, la falsa credenza del pos-

sessore. Fu questa più attenta considerazione delle fonti e delle specie possibili che trasse a rigettare il vecchio modo di concepire la buona fede: e parve che non si potesse dar ragione di quei casi e render veramente l'essenza della buona fede, se non considerandola come un uno stato meramente etico. Fu primo lo Scheurl che si mise per questa via (1). Chi l'ha battuta più a fondo e ha esagerato la nuova tendenza in guisa da produrre nella dottrina un notevole turbamento, inducendo dal concetto etico della *bona fides* le conseguenze più serie, talvolta contraddittorie e illogiche, circa il grado della buona fede e la sua relazione coll'errore, è stato il Bruns.

2. Intorno al 1870 s'accese tra il Bruns e il Wächter una lunga controversia, originata da un celebre processo (2). Il caso invero, per quanto il Bruns ne traesse argomento per ripetere l'osservazione che « sovente un solo caso pratico dà modo di penetrare più a fondo collo sguardo in un concetto giuridico che non tutta una serie di speculazioni teoriche », non mi par che fosse tanto interessante e caratteristico. Tralasciando però il fatto, riferiamo le opposte dottrine del Wächter e del Bruns circa l'essenza della *bona fides* e il suo rapporto coll'errore.

Circa la nozione specifica della *bona fides*, il Wächter accettava la definizione dello Schirmer e del Windscheid, « credenza di non far torto al proprietario », modificandone,

---

(1) In uno scritto *sulla dottrina dell'usucapione*, cui porse occasione l'altro celebre dello Stintzing *sull'essenza della bona fides*. Cfr. SCHEURL, *Beiträge zur Bearb. des röm R.*, Erl. 1854, § II, pag. 29.

(2) Il Wächter fu chiamato a dar parere sulla causa nel 1869: rese di pubblica ragione questo parere nel 1870. Il Bruns, verso la fine dello stesso anno, ve n'oppose un suo, punto per punto contrario a quello del Wächter. Questi pubblicò allora un più esteso scritto teorico in sostegno della sua opinione: *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums*, Leipzig 1871; e il Bruns alla sua volta rispose anch'egli con uno scritto teorico: *Die bona fides bei der Ersitzung*, Berlin 1872, cui premise anche il suo parere.

ma non tanto sostanzialmente, la formula. Ma ciò che importa a lui di fissare è che la *bona fides* del possessore poggia sopra una credenza, una opinione, un fatto dello spirito insomma.

In tutte le varie applicazioni della *bona fides* a uno stesso istituto essa è sempre uguale: così la *possessio bonae vel malae fidei* è sempre la stessa, sia relativa all'usucapione alla *petitio hereditatis*, alla responsabilità negli atti illeciti (ad esempio nel furto). Diversa invece può essere la significazione della *bona fides* ne' diversi istituti. Una convinzione assoluta del proprio diritto nel *bonae fidei possessor* non si richiede: e un qualche dubbio, purchè non sia tale da escludere quella credenza, non significa *mala fides*.

Ma qual'è l'influenza che sulla buona fede così concepita può avere l'errore? Il Wächter principia con riassumere la teoria generale dell'errore, dichiarandosi, fuorchè ne' termini, seguace di Savigny. Si distinguono due specie di errore: l'errore ch'è *motivo determinante* a un atto (*Bestimmungsgrund*) e l'errore ch'è propriamente *segno di riconoscimento*, cioè argomento onde si riconosce che la volontà fa difetto (*Erkentnissgrund*). La prima categoria corrisponde all'errore proprio di Savigny, la seconda all'errore improprio. Nella prima serie di casi, cioè quando l'errore è motivo determinante, esso non esclude gli effetti che regolarmente dovrebbero derivar dall'atto, se non per espressa disposizione di legge: è un riguardo che la legge usa in alcuni pochi rapporti all'errante. Ma l'errore deve essere a ogni modo un errore scusabile: il che non è ordinariamente dell'errore di diritto. Nella seconda serie di casi invece l'atto è nullo di per sè, improduttivo di effetti, perchè la volontà, requisito essenziale, manca: l'errore è soltanto indizio che, contrariamente alle apparenze, non si vuole effettivamente. Laonde la scusabilità o inescusabilità dell'errore non importa: l'atto è sempre nullo.

Ora l'errore, che costituisce il sostrato della buona fede, appartiene a questa seconda categoria. Esso è indizio che

non si vuol commettere una illecita appropriazione della cosa altrui: esso dimostra che nell'animo del subbietto non v'è *mala fides*, ma *bona fides*. La scusabilità o inescusabilità di esso non muta niente l'esistenza del fatto. Se la legge adunque all'esistenza mera di questo fatto riconnette alcun effetto giuridico, s'ha a guardare solamente se il fatto esista o no. Può bensì il legislatore, perchè il fatto della *bona fides* produca l'effetto, esigere altresì che l'errore sia scusabile; ma non muta il fatto, nè può mutarlo, soltanto lo dichiara insufficiente: la *bona fides* c'è, se non che la sua efficacia è condizionata alla scusabilità dell'errore.

Ma il diritto romano, secondo il Wächter, non ha così disposto circa la *bona fides* del possessore, fatta astrazione dalla buona fede che integra il titolo (il così detto titolo putativo). S'hanno testi chiarissimi che non solo ammettono la *bona fides* del possessore nel caso di errore inescusabile, ma n'ammettono l'efficacia: escludono il furto, escludono la responsabilità inerente al possessore di mala fede (cfr. § 5, I, *de us.* 2, 6; L. 36, D. *de a. r. d.*, 41, 1; L. 25, § 6, *de h. p.*, 5, 3). Dato ciò, è forza inferirne che *la scusabilità o inescusabilità dell'errore costituente la bona fides non impedisce l'usucapione.*

Vero è che alcuni testi generalissimi dicono apertamente che l'errore di diritto non giova all'usucapione (L. 31, pr., D. *de us.*, 41, 3; L. 32, § 1 *ibid.*; L. 4, D. *de i. et f. ign.*, 22, 6. Ma tal principio è da riferire, dice il Wächter, esclusivamente al titolo putativo, nel quale, quando s'ammise, si volle che almeno l'errore fosse un errore di fatto scusabile (cfr. L. 11, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 5, § 1, D. *pro suo*, 41, 10; L. 44, § 4, D. *de us. et usuc.*, 41, 3 e testi cit.). Quanto alle leggi in cui si dichiara genericamente che l'ignoranza o l'errore di dritto giovano a rimuovere un danno, una perdita, ma non giovano quando si tratta di fare un guadagno (L. 7; L. 8, D. *de i. et f. ign.*, 22, 6), anzitutto esse concernono l'errore nel motivo determinante (l'errore proprio), dipoi, come ha dimostrato il Savigny (*System*, III, pag. 344, trad. italiana Scialoja, pag. 444), il criterio enunciato da quelle leggi è

da rigettare, perchè falso nella sua generalità, come tanti principî generali espressi dai Romani e come nella stessa materia il principio: *errantis nulla voluntas est.*

3. Da tali idee diverge assolutamente il Bruns. Egli comincia col porre in generale una antitesi tra due concetti della buona fede. La buona fede si può concepire o sotto un punto di vista *psicologico*, e in tal caso si dice che essa è una convinzione, una opinione, una credenza in qualcosa, si riguarda insomma come un fatto dello spirito: ovvero sotto un punto di vista *etico*, ed essa indica l'onestà. la rettitudine, il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene: non si tratta di credere o non credere, ma di coscienza pura, di onoratezza, di moralità.

Ora è permesso al legislatore o, per dirla col Bruns, è *legislativamente possibile* accettare circa la buona fede l'uno o l'altro punto di vista. La legge può stabilire che chiunque riceva un oggetto senza la consapevolezza d'andar contro il diritto, nella credenza adunque che non sussista alcuna offesa al diritto, possa usucapire. Ma può anche dichiarare che venga ammesso a usucapire solo colui che abbia una convinzione onesta, abbia ragioni sufficienti di presumere che l'acquisto è conforme al diritto. Nel primo caso avremmo. secondo il Bruns, un punto di vista psicologico, nel secondo caso un punto di vista etico. Nel primo basta quindi il mero fatto psicologico del credere o non credere, nè s'ha a tener conto della scusabilità dell'errore. Nel secondo si deve determinare, alla stregua di principî etico-giuridici (1), fin dove giungeva il dovere di riflettere a tutte le circostanze, epperò a quali condizioni la credenza e l'errore debbono riguardarsi come scusabili. Il punto di visto etico, si vede, dovrebbe implicare una concezione assolutamente positiva della *bona fides*. Ora, soggiunge il Bruns, la legislazione romana ha seguìto nel concetto della *bona fides* il

(1) Nel parere: *etico-giuridico-commerciali.*

principio etico. Ciò è manifesto già dalle espressioni stesse: *fides*, *bona fides* indicano concetti altamente morali: in senso etico adoperano la parola Cicerone e tutti gli antichi, e fu solo per effetto del Cristianesimo e del diritto canonico che la parola *fides* prese a significare credenza. Non è « Glaube » la significazione fondamentale di essa, ma « Treue », ed è perciò da schivare la espressione « guter Glaube », che confonde i concetti.

Il Bruns procede quindi a dimostrare da un punto di vista più intrinseco e giuridico il suo asserto. E dapprima con una induzione generale. Contrariamente al Wächter egli ritiene la *bona fides* identica in tutti i rapporti giuridici: quindi la *bona fides* contrattuale identica alla *bona fides* nell'usucapione. Ora in tutti i rapporti contrattuali essa è il contrapposto naturale del *dolus* e denota quindi un concetto etico.

Appresso reca una serie di testi concernenti l'usucapione (L. 7, § 6; L. 8, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 1, C. *si vend. pign.*, 8, 29 (30); L. 3, 4 *ibid.*; Fr. Vat. 1; L. 5, §§ 2, 5, D. *de a. et c. tut.*, 26, 8), nei quali, per suo avviso, la buona fede non può significar credenza, perchè il compratore acquista effettivamente dal proprietario o da persona autorizzata, mandatario, creditore pignoratizio, tutore. Per contrario altri testi ci significano che si è in buona fede, benchè si sappia di non acquistare dal proprietario (L. 28, D. *de nox. act.*, 9, 4; L. 5 pr. D. *pro der.*, 41, 7). Uno special valore poi attribuisce il Bruns ad alcune parole della L. 7, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4: « aut scit (servus peculium sibi concessum non esse) *aut scire debet* », all'esame delle quali dedica un intero paragrafo.

Ora posto che la *bona fides* nel diritto romano è concepita sotto un punto di vista etico, ne segue, secondo il Bruns, che l'errore inescusabile annienta la *bona fides* e perciò impedisce l'usucapione. D'altra parte la tendenza del diritto romano non è già di agevolare l'usucapione, ma di restringerla: il che si deve tener presente nella ricerca e nel giudizio de' suoi principî. Già Gaio (II, 49) aveva detto che

rispetto alle cose mobili « non facile procedit ut bonae fidei possessori usucapio contingat », e nondimeno Giustiniano lamenta pur sempre che « miseri rerum domini excludebantur et nullum eis reservabatur auxilium » (L. un. Cod. *de usuc. transf.*, 7, 31) e ritiene urgente che le « inhumanae angustiae », la « compendiosa iactura », i « iura nocentia » dell'usucapione sieno ancor più limitati: financo nelle Novelle ha egli aggiunto nuove limitazioni.

Per combattere le induzioni contrarie che il Wächter ricava dalla teoria dell'errore, il Bruns asserisce fin dal principio del suo scritto che la distinzione del Wächter non si riscontra con quella di Savigny tra errore proprio e improprio, che essa non costituisce alcuna antitesi recisa; e ciò gli basta.

4. Quasi intermedia tra le due, benchè più prossima in sostanza alla dottrina del Wächter, è l'opinione del Pernice (1). Come il Wächter, egli si dichiara contrario alla equiparazione della *bona fides* ne' rapporti reali e ne' rapporti obbligatorî: v'avrebbe anzi un'antitesi tra le due specie di buona fede. E circa la *bona fides* ne' rapporti reali egli principia dall'osservare che le fonti non ci rendono alcuna immagine chiara in quei punti che sono precisamente oggetto del nostro esame. Falso è a ogni modo che *fides* non significhi mai credenza (*Glaube*); assai dubbia la parificazione di *fides* e *bona fides*. Venendo però a indagare se la *bona fides* costituisca una mera convinzione, ovvero accolga in sè anche un elemento morale, egli distingue effettivamente in essa due elementi, la scienza e la moralità, l'elemento intellettuale e l'elemento morale. Riconosce ancora che non è la scienza, la quale impedisce gli effetti giuridici, bensì l'immoralità insita in essa. Ne adduce in prova quei testi, in cui la scienza di vizî nell'atto d'acquisto non è d'ostacolo

(1) *M. A. Labeo*. Halle 1878, II, pag. 207-230 [2ª ediz., 1895, II, 1, pag. 159-505].

all'usucapione: ciò avviene, egli asserisce, perchè, nonostante quella scienza, immoralità non c'è nell'apprensione e nella detenzione della cosa. Sono il Fr. Vat. 1 e la L. 28, D. *de nox. act.*, 9, 4. Altra prova ne trae dalla L. 8, D. *pro empt.*, 41, 4, in cui, benchè s'acquisti dal proprietario, si dubita della buona fede a causa dello scopo illecito per il quale il negozio s'è concluso, dalla L. 13, § 2, D. *de usurp.*, 41, 3 e dalla L. 2, § 8, D. *pro empt.*, 41, 4.

Ma dato che la *bona fides* è costituita di due elementi, egli trova naturale che si voglia ricercare quale sia l'elemento originario. E in opposizione al Bechmann egli ritiene che ne' più vecchi giuristi cotesto elemento morale non spicca come un elemento essenziale: che di fronte allo stato reale delle cose l'elemento subbiettivo resta nell'ombra, e dov'essi v'hanno riguardo, tale momento non esprime l'intenzionalità, ma la credenza, cioè non esprime qualcosa d'etico, ma qualcosa di intellettuale. Solo in Pomponio noi troviamo per la prima volta fatto risaltare fuor di misura l'elemento subbiettivo. Questa prevalenza dell'elemento intellettuale, questa mira esclusiva alla scienza ne' giuristi romani s'argomenta, secondo il Pernice, dal concetto del *bona fide servire*, che non spira certamente una idea di moralità, dalle numerose volte che la *bona fides* è definita come ignoranza o errore o che l'erronea supposizione è adoperata a significare la buona fede, dalla circostanza infine che nessuno de' vecchi giuristi si esprime in guisa da far risaltare l'immoralità come elemento essenziale.

Sulla questione se alla buona fede si richieda la convinzione positiva del proprio diritto o se basti la mera assenza di una persuasione contraria, cioè, dal punto di vista pratico, se un qualche dubbio sul proprio diritto costituisca mala fede, il Pernice decide che il dubbio nuoce bensì alla buona fede, quindi è di ostacolo all'usucapione, ma non quello che sia fondato sulla riflessione o circospezione del possessore, bensì un tal dubbio prodotto da circostanze concrete e dimostrabili. Che il dubbio non sia

guari indifferente lo si ricava dalla L. 8, § 1, D. *pro empt.*, 41, 4, dalla L. 4 pr. e dalla L. 14 *ibid.*, dalla L. 26, D. *de poss.*, 41, 2 e dalla L. 17, C. *de rei vind.*, 3, 32. Che debba esser fondato su circostanze concrete e dimostrabili si può indurre dalla L. 30, C. *de ev.*, 8, 44, ma s'induce sovrattutto dall'ordine della prova; poichè la buona fede si presume, l'avversario per escluderla deve ben produrre una circostanza concreta.

Come si vede è in sostanza su questo punto l'opinione del Wächter e del Windscheid ridotta a una forma più determinata.

Circa la relazione dell'errore colla *bona fides*, anzitutto il Pernice rigetta come non romana la dottrina dell'errore scusabile o inescusabile: i Romani distinguono solamente tra errore di fatto ed errore di diritto e non richiamano, a suo avviso, questo concetto a un principio superiore. Ora l'*error iuris* certamente impedisce l'usucapione; ma in che rapporto sia colla *bona fides* nel pensiero de' giureconsulti romani non si riesce a intendere, allo stato delle nostre fonti. Su questo punto adunque non si perviene che a un risultato assolutamente negativo.

5. Quanto a me ciò che in ogni aspetto mi sembra guida sicura a penetrare nell'essenza della *bona fides*, a intendere i testi e dissipare le nebbie per cui s'arriva a disperar di raggiungere la meta e vi s'arriva da uno scrittore come il Pernice, è il pensiero che la buona fede è un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto *non alterato punto dal diritto che l'assume, non foggiato dalla legge ad arbitrio suo*. È, come io direi, una buona fede *naturalis*, non *civilis*, quella cui la legge si richiama.

Posto ciò, la mia opinione sulle tre questioni proposte è la seguente:

I. La buona fede è un concetto etico, generale e uguale in tutti i rapporti. Il suo presupposto *normale* nella *possessio bonae fidei* e quindi nell'usucapione è l'errore, cioè

un fatto psicologico: raramente l'azione o il comportamento esteriore del subbietto. Quando a ogni modo concorrono e il momento etico e il momento psicologico non è concepibile una prevalenza dell'uno sull'altro, come non è concepibile una prevalenza tra causa ed effetto.

II. La buona fede, pure quanto al grado, è misurata dal senso morale della società, che intende per buona fede la mera assenza di dolo o mala fede, ed è rimessa ne' singoli casi all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo mutevole e indefinibile sentimento. L'àmbito maggiore concesso alla buona fede dal diritto potrà crescerne l'importanza e renderne più delicata l'ammissione, ma non significa esaltazione del grado.

III. La scusabilità dell'errore, quando l'errore costituisca il sostrato della buona fede, non può importare, nè importa per diritto romano alla buona fede in sè e per sè considerata. Solo per ispeciali cause e per una speciale evoluzione tale scusabilità venne a costituire un requisito della usucapione in alcuni casi; ma il suo rapporto colla buona fede è meramente estrinseco, non organico, nè s'è creata riguardo al possesso *ad usucapionem* una buona fede civile.

6. Se vogliamo prescindere un momento dall'assunzione della *bona fides* nel diritto come elemento di una serie di rapporti giuridici, certo essa rimane tuttavia come un concetto schiettamente etico e sociale, esistente, vale a dire, anche fuor del diritto. Siamo pertanto in uno di quei campi che il diritto e la morale sovrattutto, queste due supreme norme sociali, hanno comune, e di quelli appunto in cui la morale primeggia, perchè lo dominava da sola un tempo e continua sempre a dominarlo tutto, mentre il diritto non l'ha conquistato che in parte (1). Il nome stesso n'è indice, se pure d'un simile indice vi è bisogno. La *fides* era pel Romano quello che per noi è l'onore e la virtù — ***honor***

(1) Si ricordi per simili passaggi l'istituto del *fidei commissum*.

e *virtus* hanno valore alquanto diverso, più estrinseco e materiale — e significava la più austera osservanza del proprio dovere nelle relazioni co' proprî simili: e *bona fides* non è che la romana *fides* coll'aggiunta di uno de' soliti epiteti che non aggiungono propriamente nulla al concetto. Non so come e perchè il Pernice si rifiuti a riconoscere l'identità concettuale posta dal Bruns tra *fides* e *bona fides;* e nemmeno mi par si possa negare, benchè il Pernice voglia farlo, che *fides* di per sè non significa mai credenza; nel linguaggio veramente romano, s'intende. Verità e menzogna sono i pensieri fondamentali che richiamano fede e perfidia, ma non credulità e incredulità. « Fides... dictorum conventorumque constantia et veritas » (1). Se questo chiaro e costante significato della buona fede si può in tal modo perder di vista ragionando sulla parola stessa, ciò mi fa persuaso veramente che il Bruns aveva ragione asserendo che la traduzione tedesca « guter Glaube » confonde le idee. In ciò noi siamo in una condizione ben più favorevole: la nostra parola *fede*, è vero, non ha conservato a gran pezza il significato pregno della romana *fides: prestar fede* non è certo il romano *fidem praestare*, nè il nostro *perder la fede* risponde al romano *fidem perdere* o *amittere:* la credenza e anche la credulità hanno in molte frasi e modi di dire preso il posto della verità e dell'onore e quasi invertito la relazione cui si pensa. Ma nondimeno quel senso antico non si è smarrito tutto (2), e specialmente nelle parole affini *perfidia*, *fedele*, *infedele* dura, si può dire, inalterato. La nostra espressione *buona fede*, poi, tanto nella tradizione dei giuristi, quanto nel linguaggio popolare, serba quasi l'istessa forza della *bona fides* de' giureconsulti romani.

(1) Cic., *Off.*, I, 7.

(2) Massime nella lingua antica (*servir con piena fede o con somma fede, gitiar via l'onestà e la fede, affè, per mia fè*, ecc.) o poetica e in quella lingua letteraria che subisce di più l'influenza classica. Cfr. tuttavia anche modi di dire vivi della lingua fiorentino-italiana: *stare alla fede, romper la fede data*, ecc.

Ora tal concetto etico non pare che abbia subìto alcuna trasformazione nell'essere assunto dal diritto. Nè si parla mai d'una *bona fides civilis* o di un'antitesi tra *bona fides naturalis* e *civilis*, nè vi si aggiunge mai nei varî rapporti giuridici, in cui la *bona fides* entra in campo, alcun requisito che n'alteri il concetto etico e popolare. E se in tutti quanti i rapporti, ne' quali il diritto assume tale elemento morale, non v'ha aggiunto nulla, non ha dato ad esso una forma diversa nè punto sua, è forza inferirne che come unico è il concetto morale così unico venga a ritrovarsi il concetto giuridico, che non è vario da quello.

Se non che, tenendo pur fermo che la *bona fides* è un concetto etico e sociale che il diritto assume senz'altro, serbandone l'essenza inalterata e quindi uguale in tutti i rapporti, certo è che ne' diversi rapporti giuridici l'onesto comportamento significato dalla *bona fides* si deve riferire a un oggetto determinato e diverso. Il dovere astratto e generale di non trar vantaggio del danno altrui deve in ciascun rapporto esplicarsi in qualche dovere concreto e particolare. Ora che cosa importa la *bona fides* nell'usucapione? Essa si riferisce alla presa di possesso della cosa e importa che in ordine a questa presa di possesso l'usucapiente siasi comportato da persona dabbene (1).

Ora anche in ordine alla presa di possesso tale onesto comportamento si può esplicare in modi varî e non sempre facilmente determinabili. Ma nella *bonae fidei possessio* in senso proprio, cioè nell'unica figura di usucapione che sopravviva nel diritto giustinianeo, esso *di regola* ha per suo presupposto che s'ignori un qualche momento di fatto, per cui l'acquisto del possesso viene sostanzialmente a ledere altrui: il quale momento, finchè la *iusta causa* dura inalterata, concerne esclusivamente la proprietà o il diritto

(1) Dove ciò non è espresso dalla *iusta causa*. Per me la *iusta causa* non ha ufficio diverso e la *bona fides* in qualunque momento non fa veramente che integrarla.

di disporre della persona che v'abbandona o abbandona assolutamente il possesso. Posto che, infatti, col possesso si lede effettivamente il diritto di un proprietario, che non si può reputar consenziente, per essere in buona fede conviene assolutamente ignorare questa circostanza, credere anzi tutto il contrario: ignorare che l'alienante non è proprietario e crederlo invece tale, crederlo mandatario e mandatario *leale* del proprietario, ignorare che non era proprietario il derelinquente, ovvero, in un ulteriore allargamento della sfera della *bona fides* a detrimento della *iusta causa*, ignorare che il proprietario apparentemente consenziente non è persona capace o non è capace da sè solo. Si può dire che in tale ipotesi il nostro dovere morale è d'ignorare il vero e quindi supporre il falso. Assenza di una giusta rappresentazione delle cose, sostituzione a quella di una erronea rappresentazione, ecco la condizione del subbietto, s'egli è in buona fede.

Ma tale condizione è uno stato psicologico del subbietto. La buona fede, concetto etico, e, dacchè il diritto l'assume, anche giuridico, implica adunque *di regola*, quanto all'usucapione, uno stato psicologico, un errore del subbietto, più che una sua determinata condotta pratica. Dire che la *bona fides* è un comportarsi da persona dabbene è definirla in generale; a voler dichiararne, potendolo fare, il contenuto specifico non si può prescindere, quanto all'usucapione, dal momento psicologico.

E perchè tale è d'ordinario il sostrato della *bona fides*, i Romani usano infinite volte nelle specie singole espressioni tali: *credere*, *putare*, *existimare*, *scire*, *scientia* o *conscientia*, *ignorare*, *nescire*.

Dato ciò, stabilire, come fa il Bruns, una vera opposizione tra due concezioni o due forme della buona fede, l'una etica e l'altra psicologica, tra cui sarebbe anche data facoltà al legislatore di scegliere, mi sembra propriamente un pensiero torbido e infelice. Il Bruns intende la sua buona fede etica come una buona fede più rigida, più

elevata, la psicologica come una buona fede più rilassata. Ma non sono entrambi concetti etici? e che cosa è mai questa opposizione se non tra due stati o gradi di un concetto etico, l'uno più rigoroso, l'altro più blando? Forsechè il sostrato psicologico sparisce nel preteso *punto di vista etico*, che non è se non il più alto, il più rigido punto di vista etico? Tutt'altro: anche in questo si dovrà ben ammettere una credenza, un errore nella mente del subbietto: anzi, naturalmente, la credenza è più sicura, l'errore più saldo; avremo un più elevato grado di convinzione, perchè appunto dee corrispondere a un grado etico più elevato. Si può fare adunque, almeno in astratto, la distinzione di grado che vuole il Bruns; ma i *termini* usati da lui per significarla sono assolutamente infelici e pericolosi nel ragionamento. Entrambi i gradi sono etici: entrambi i gradi sono determinati di regola da uno stato psicologieo rispondente allo stesso grado.

Pure è sulla base di questo equivoco di termini che il Bruns ragiona per dimostrare che i Romani han conosciuto e accolto la sua buona fede etica. « *Fides* è un concetto etico: la *bona fides* è opposta al *dolus*, concetto etico anch'esso ». Poichè non si nega che la buona fede sia, in qualunque modo, un concetto etico, tali argomenti cadono da sè: a mostrare colla stessa misura romana — se pure c'è bisogno di ricorrere ai Romani — che nell'usucapione il concetto etico ha base psicologica, basta ricordare che nelle singole specie l'essere o il non essere in buona fede quanto alla usucapione si esprime quasi costantemente con ignorare o sapere, credere o dubitare.

Ma veramente il Bruns reca a sostegno della sua tesi anche specie singole, in cui, per suo avviso, la buona fede non può significare credenza, perchè il compratore acquista realmente dal proprietario o da persona autorizzata e nondimeno è in mala fede. Sono la L. 7, § 6, D. *pro empt.*, 41, 4; L. 1, Cod. *si vend. pign.*, 8, 29 (30): L. 3, 4 *ibid.*; Fr. Vat. 1; L. 5, § 2, 5, D. *de auct et cons. tut.*, 26, 8

Ora nel primo testo Giuliano fa il caso di un mandatario che vende per trenta ciò che avrebbe potuto vendere per cento, e precisamente per far dispetto e danno al suo principale « in hoc solum ut te damno adficeret »; ebbene, soggiunge, se il compratore lo *ignora*, egli usucapisce, non v'ha dubbio; « *ignorante emptore*, dubitari non oportet. quin emptor longo tempore capiat; nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio ». Il contrario avviene se il compratore ha colluso invece col mandatario per comperare a basso prezzo. « Quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit quo vilius mercaretur non intelligetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet; et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram ».

Le leggi del Codice trattano di un creditore pignoratizio che ha venduto il fondo pignorato « dolo malo » (L. 1), o « contra bonam fidem » (L. 4), o ha venduto per soli venti aurei degli schiavi che valevano ben più, allo scopo di favorire in modo illecito il compratore « per gratiam » (L. 2), e si dice che il debitore può ripetere i danni interessi dal creditore pignoratizio, e laddove questi non sia solvibile, ridomandar la cosa al compratore, restituendo però il prezzo (L. 3: « iubebit (praeses) emptores recepto pretio restituere servos »). Non solo non si fa motto di usucapione, ma nemmeno si discute circa la buona fede del compratore, salvo nella L. 4, in cui si aggiunge che è tenuto per i danni anch'esso, se ha partecipato alla frode « si fraudem eum participasse cum creditore potueris docere ».

Il Fr. Vat. 1 è un celebre frammento, che ci offre la questione agitantesi tra gli antichi giureconsulti sulla compera di *res mancipi* dalla donna conchiusa scientemente senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore. I *veteres* non la giudicano una compera di buona fede: e così ritennero anche Sabino e Cassio; Labeone dichiarò che il compratore possedeva *pro possessore;* Pro-

culo e Celso ammisero il possesso *pro emptore;* ma non della cosa, bensì della *possessio* che la donna poteva alienare senza l'*auctoritas* del tutore: l'effetto pratico era di permettere al compratore l'acquisto de' frutti. Finalmente Giuliano, in base a una *constitutio Rutiliana*, riconobbe l'usucapione, se il compratore avesse pagato il prezzo: con questo però, che la donna poteva sempre interrompere la usucapione, offrendo la restituzione del prezzo.

Finalmente nella L. 5. §§ 2, 5, *de auct. et cons. tut.*, si dice semplicemente che il tutore, comperando cosa del pupillo da un contutore o dal creditore pignoratizio, deve comperare in buona fede.

Ma in tutte coteste ipotesi non ci allontaniamo nemmeno dal presupposto normale dell'usucapione. Il compratore *non crede* già che il mandatario abbia mandato di tradire il suo principale e lasciarsi corrompere, che il *ius distrahendi* del creditore pignoratizio si estenda sino a vendere « dolo malo », a vendere prima della scadenza o favorire illecitamente alcuno, *non crede* già che la donna (nel diritto antico) o il pupillo possano alienare senza l'*auctoritas* del tutore o che un tutore falso possa rendere indifferentemente lo stesso servizio. Egli vede e sa che tali persone non dispongono della cosa a quel modo che la legge civile e le leggi sociali, imperanti anch'esse largamente in simili rapporti, fanno loro un dovere; e questa sua *scienza* lo costituisce appunto in mala fede. Così le fonti si esprimono, rilevando anche o lasciando presumere naturalmente che in caso d'*ignoranza* il compratore è in buona fede.

Senza dubbio in alcuna di queste ipotesi — ed è ciò che forse ha traviato il Bruns — presupposto della *bona fides*, oltre allo stato psicologico, può essere anche un certo contegno esteriore, una certa assenza d'immoralità in atti. Il compratore non deve cercar di corrompere il mandatario, per aver la cosa a più basso prezzo; non deve ingraziarsi dolosamente il creditore pignoratizio, per indurlo a dargli quasi in regalo il pegno, nell'alienazione del quale il cre-

ditore funge in sostanza da procuratore anch'egli; il tutore non deve mettersi d'accordo col suo contutore, o col creditore pignoratizio, ai danni del pupillo. Finalmente quando l'affievolirsi della tutela muliebre rese anche possibile che, in seguito al pagamento del prezzo, l'usucapione corresse pure per la cosa comperata scientemente dalla donna *sine tutoris auctoritate*, il compratore non dovrà mai, durante il periodo dell'usucapione, fare in guisa da sottrarsi alla eventuale restituzione del prezzo da parte della donna; in questo caso anzi la buona fede consisterà in un contegno esteriore, che si dovrà serbare per tutto il decorso dell'usucapione. Ma anche tutto ciò, che cosa vale? Non si nega già che presupposto della *bona fides* possa essere anche un dato contegno in atti.

Questo solo si vuole asserire: che la *bona fides* non può fare a meno d'un presupposto qualsiasi, in atti o in pensieri; e che, anche, il presupposto normale, quello che spicca e quindi si ricorda di più, è un anormale stato psicologico, un errore.

Altri testi reca pure il Bruns, in cui, per contrario, *si sa* di acquistare dal non proprietario e nondimeno si è in buona fede. Sono la L. 28, D. *de nox. act.*, 9, 4 e la L. 5 pr., D. *pro der.*, 41, 7. Ma anche questi due celebri frammenti non esprimono se non ipotesi in cui il presupposto della *bona fides* non è l'errore, ma il contegno leale esteriormente del possessore. Ci avviciniamo all'ipotesi del Fr. Vat. 1; difatti anche ne' frammenti in questione tal contegno si dovrà serbare per tutto il decorso dell'usucapione: se il vero proprietario offre la *litis aestimatio* a colui che ha ricevuto scientemente la *noxae deditio* da chi era soltanto possessore di buona fede, se il marito donante offre la restituzione del prezzo a colui che ha comperato dalla moglie donataria, il compratore non può sottrarsi a ricevere e l'usucapione cessa. Ciò non è espresso veramente per la ipotesi della L. 5, D. *pro der.*, ma a me par certo che si debba sottintendere.

Mutate le parti, lo stesso ragionamento si può ripetere contro la prevalenza dell'elemento psicologico sull'etico ammessa dal Pernice. Tra i due momenti ci potrà essere un rapporto di equilibrio, non mai di prevalenza, e comunque cresca l'uno, anche l'altro ne sarà esaltato. Non so poi come il Pernice stesso concilii nel suo pensiero tale asserta prevalenza dell'elemento psicologico coll'altra sua giustissima asserzione che non è la scienza la quale impedisce gli effetti giuridici, bensì l'immoralità insita in essa.

E, in concreto, di quali argomenti fa uso il Pernice per dimostrare che gli antichi giureconsulti davano un maggior peso all'elemento psicologico? Di fronte allo stato reale delle cose, egli osserva, l'elemento subbiettivo resta nell'ombra. Il Pernice si riferisce a quei casi in cui nonostante la stima che s'ha d'un vizio, l'usucapione corre, perchè tale credenza è falsa: *falsa existimatio non nocet; plus est in re*, ecc. Ma che vuol dir ciò? Dove non è lesione reale, nè all'etica nè alla psicologia si guarda: se non si considera la mala fede di pura immaginazione gli è perchè la *bona fides* deve sostituire elementi manchevoli nella *iusta causa* (1). Pomponio che ha riguardo anco alla *falsa existimatio* di vizî inesistenti (2) non è che per il primo esalti l'elemento subbiettivo o etico sopra l'elemento psicologico: forsechè l'elemento psicologico non è subbiettivo anch'esso? Pomponio concede all'uno e all'altro, alla buona fede insomma, una sfera più larga, ne accresce l'àmbito: il che corrisponde all'esaurimento della *iusta causa*, cui propendeva lo stesso giureconsulto.

(1) Che non è un negozio d'acquisto precedente, come ritiene anco il Pernice (II, pag. 181), ma un rapporto coll'antico possessore che esprime o dovrebbe esprimere l'assenza di lesione altrui [V. sopra, *La iusta causa, etc.*] Non vi ha forse che il legato tra i titoli dell'usucapione, che potrebbe essere insieme anche modo d'acquisto. Ma ciò non importa, perchè a questo aspetto non si guarda: per me la *iusta causa* più netta e spiccata è quella che confonde tutte le altre teorie: la *derelictio*.

(2) Nella L. 32, § 1. D. *de us.*, 41, 3.

Ma la *bona fides* è definita o spiegata infinite volte come ignoranza o errore! È fors'altro, di regola, il presupposto della *bona fides*? E qual meraviglia che la s'indichi dallo stato, dal momento specifico ch'essa presuppone? Ma l'errore del subbietto ingenera uno stato etico di esso. E anche là dove l'etica sembra esulare, dove la buona fede pare un concetto strano a noi moderni, cioè nel *bona fide servire*, dobbiamo riportarci alle condizioni peculiari della società romana. Schiavi simulati, persone libere che si lasciano vendere dolosamente e son d'accordo col venditore non erano spettacolo raro, se si dovette ovviare a simili turpitudini con gravi misure legislative.

L'immoralità non è mai fatta risaltare come l'elemento essenziale! Ma che cos'altro significa *bona fides*? che cos'altro significa *dolus*, la schietta antitesi sua? L'immoralità è insita nel concetto generico della *bona fides*, il cui contenuto specifico nell'usucapione è normalmente l'errore; e dove è più ferma credenza, errore meno evitabile, ivi è anche maggior moralità e maggiore onestà.

7. E veniamo alla seconda questione: qual è il grado della buona fede? si dee concepire positivamente ovvero negativamente, come mera assenza di mala fede? Io mi richiamo anche su questo punto al pensiero fondamentale: la buona fede è un momento offerto dall'etica sociale e non alterato dal diritto che l'assume. Essa è quindi la buona fede normale, umana, misurata alla pratica giornaliera della vita, al senso morale della società e rimessa di volta in volta all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo sentimento. Ora nella società romana come nella nostra essa non significa se non la mera assenza di dolo o mala fede: dunque, la falsa credenza, che n'è il sostrato, dev'esser una credenza media e tale che di regola può bastar la mera ignoranza.

È questa l'opinione più blanda e ritenuta dai più; salvo che, per non aver sempre chiaro innanzi il pensiero fonda-

mentale, è intesa con qualche incertezza, che io mi proverò di dissipare.

L'opinione più assoluta è rappresentata principalmente dal Bruns. Tutta la sua battaglia sulla buona fede etica e la buona fede psicologica, tutto lo sforzo per dimostrare che il concetto romano è la buona fede etica, tende appunto a stabilire che i Romani esigono il più alto grado della buona fede, la convinzione più assoluta. Ma poichè, come si vede, l'antitesi posta dal Bruns cela un equivoco essenziale di termini, dato che la buona fede sia un concetto etico — che non può esser altro — non ne segue che sia un concetto etico rigorosissimo e misurato a una stregua superiore alla normale. Laonde io m'occuperò solo di alcuni argomenti, che sono piuttosto argomenti a favore della nostra tesi (1).

Il Bruns vuol giovarsi pel suo asserto anche della *bona fides* contrattuale e reca una serie di testi a dimostrare che la *bona fides* è il contrapposto naturale del *dolus*. Ora io non so che cosa trattenesse il Wächter e trattenga ora il Pernice dall'ammetter l'identità generale della *bona fides* in tutti i rapporti. Forse il Wächter era troppo preoccupato dalle differenze specifiche derivanti dalla diversa applicazione del concetto e non ebbe freddezza sufficiente per riflettere che questa natura non solo si doveva ammettere, ma doveva naturalmente riuscire contro la tesi del Bruns. Non si nega che la buona fede sia un concetto etico: si tratta di provare ch'è un concetto etico rigorosissimo: ora appunto perchè la *bona fides* è posta sempre in antitesi al

(1) Lascio da parte l'argomento generale che il Bruns vorrebbe trarre dalla tendenza del diritto romano a restringere più che a facilitare l'usucapione. Veramente per tale tendenza il Bruns fa richiamo a Giustiniano: il che (sia detto con tutta la reverenza dovuta alla mente e alla memoria del Bruns) si chiamerebbe svegliarsi un po' tardi. Io riconosco nondimeno un tale spirito nell'ultima giurisprudenza; ma esso non ha condotto a immaginare una buona fede diversa da quello che ell'è nella vita sociale.

dolus, tutti i testi citati dal Bruns provano addirittura il contrario. Alcuni poi sono vivamente caratteristici: perchè se vi si parla di *negligentia* o *culpa*, il contrapposto è *diligentia*, non mai *bona fides*; anzi, e ciò val come controprova, si dichiara più volte che si deve *più* della *bona fides* o che non si deve *niente più di essa* (1). E se in un celebre frammento di Celso (2) si parla di *fides* (« nec enim *salva fide* minorem quam in suis rebus, etc. ») in contrapposto a un caso di *culpa lata* — la così detta colpa in concreto — gli è appunto perchè in quel testo s'osserva e si dichiara principio verissimo « latiorem culpam dolum esse ».

Due soli testi veramente parrebbero dover dare un poco di pensiero per la tesi qui sostenuta. Sono: la L. 8, D. *pro empt.*, 41, 4 di Giuliano e la L. 32, § 1, D. *de us.*, 41, 3 di Pomponio.

Nel primo, estratto dal libro II *ex Minicio*, Giuliano fa il caso di alcuno che comperi degli schiavi da un tale, di cui sa che dissiperà subito il denaro « cum *sciret* venditorem pecuniam statim consumpturum ». È un compratore di buona fede? Malgrado quella circostanza, a lui non ignota, si riteneva comunemente di sì, ed è questa, dice Giuliano, l'opinione più giusta. *Quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?* Ma soggiunge subito: *nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam servos emit non usucapiet* (3).

---

(1) Proculus, L. 68 pr., D. *de contr. empt.*, 18, 1: « existimo te in exigendo *non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere*, id est non solum ut a te *dolus malus absit, sed etiam ut culpa* ». Paul., L. 4, D. *de eo qui pro tut.*, 27, 5: « eandem *fidem et diligentiam* praestat (il protutore), quam tutor praestaret ». PAULI, *Sent.*, I, 4, 1: « *et bonam fidem et exactam diligentiam*... praestare debet (il *negotiorum gestor*) ». Ulp., L. 10 pr., D. *mand.*, 17, 1: « *nihil* — *amplius quam bonam fidem* praestare oportet eum qui procurat ».

(2) L. 32, D. *dep.*, 16, 3.

(3) [Il testo non mi sembra così arduo. Cfr. nondimeno PERNICE, *Labeo*, II, 1, 1895, pag. 474-475, n. 3, il quale ricostruisce in modo alquanto arbitrario il preteso testo genuino, e RICCOBONO, in *Bullettino*

Certo qui la discussione è tutta sul valore etico dell'atto: ma appunto perciò non ha che fare col *grado* della buona fede e della credenza che n'è il sostrato, bensì coll'*àmbito* della buona fede istessa. Non si tratta di stabilire fino a qual segno corra il debito di ricercare e di sapere: il punto in questione è se *ciò che si sa* esclude la buona fede. E si suppone che il compratore sappia benissimo che l'altro, da cui acquista, dissiperà tosto il danaro o ne farà dono a una bagascia: s'egli ne potesse aver soltanto un qualche vago sospetto, perchè lo stimi un po' scialacquatore e donnaiolo, non sarebbe in mala fede. Il punto in questione è adunque un altro; si dee reputare che non compia una lesione, che non tragga vantaggio del danno altrui chi contrae da un uomo in condizioni di spirito così anormali — si sa quale stima e anche qual posizione giuridica era fatta ai prodighi in diritto romano, — si dee reputare che non offenda la morale sociale, i *boni mores*, chi porge aiuto scientemente a una immoralità?

Nell'altro testo Pomponio fa il caso d'alcuno che creda falsamente che la legge gli vieti d'usucapire e decide che realmente l'usucapione non corre a suo favore. Su questo frammento, assai celebre e vessato, torneremo a proposito dell'influenza dell'errore. Per ora esso c'interessa per uno de' motivi alternativamente dati alla soluzione « *vel quia non bona fide videatur possidere* ». L'opinione di Pomponio è isolata nelle fonti: di regola la falsa credenza d'un vizio inesistente non nuoce nè per l'usucapione nè per l'acquisto immediato, l'*existimatio* cede alla *substantia*. Nondimeno Pomponio anche altrove concede una simile efficacia all'elemento subbiettivo, sia pure in contraddizione colla realtà. Ma significa ciò che n'esalti il grado? Egli non fa che allargarne la sfera e il dominio, richiedendola anche là

dell'Ist. di dir. rom., VII, 1894, pag. 255-260, il quale rileva giustamente la contaminazione del testo di Minicio colla nota di Giuliano e suppone inoltre interpolato l'inciso *quomodo enim — a domino emit?*].

dove lesione reale non si commette. Senza dubbio ciò cresce d'assai l'importanza della buona fede e indica una evoluzione — in questo aspetto eccessiva — corrispondente a una involuzione della *iusta causa*: senza dubbio ciò ne renderà pure l'ammissione più difficile e l'indagine più delicata: ma l'essenza e la misura di essa non ne son tocche affatto.

Infine contro l'opinione del Bruns sono pure i testi, che esamineremo più sotto, in cui la *bona fides* è riconosciuta, nonostante che s'incorra in errori abbastanza inescusabili, e persino nell'errore inescusabile tipico, l'errore di dritto.

È chiaro a quali conseguenze conduca questa dottrina dal lato pratico, cioè rispetto ai dubbî che il possessore può nudrire circa il proprio diritto. Io esprimerei questa influenza con una formula leggermente diversa da quella del Windscheid e del Wächter e che può anche parere una curiosa *petitio principii*: il dubbio, per nuocere, dev'esser tale da escludere nella coscienza comune la buona fede. Insomma siamo sempre lì: misura è la coscienza comune, interprete il giudice. Nè credo che a questa semplice risposta si possa fare il rimprovero che il Pernice muove al Windscheid e al Wächter che all'arbitrio giudiziale viene imposto un peso che esso non potrà facilmente sostenere. Oh, se si chiami un cinese a giudicare in Italia o si risusciti un caldeo, può essere (1): ma giudicare nella società in cui vive, alla stregua di sentimenti sociali ch'egli stesso partecipa, è la cosa più semplice pel magistrato. Ciò che

(1) [Meritano di esser riferite le parole di un conoscitore profondo del mondo orientale, il Renan, *Origines du Christianisme*, I, 1882, 17ª edizione, pag. 262: « La sincerità non ha gran senso per gli orientali, poco usi come sono quei popoli alle delicatezze dello spirito critico. *Buona fede* e *impostura* sono parole che nella nostra coscienza rigida si oppongono come due termini inconciliabili. In Oriente vi ha dall'una all'altra infiniti passaggi... La verità materiale ha ben poco pregio per l'Orientale; egli [illegible] tutto a traverso i suoi [illegible], i suoi

può essere delicato e difficile è rilevar le circostanze di fatto donde il dubbio può nascere; ma è questo un peso — e al Pernice non isfugge — che incombe più all'altra parte che al magistrato. A ogni modo, grave o leggero che sia tal peso a sopportare, la legge l'ha imposto al magistrato, assumendo la *bona fides* nel diritto, nè alcuno glie lo può tôrre. Potrà errare: ma che vuol dir ciò? Chi ha mai preteso un giudice infallibile? Ma si può esser, ripeto, sicuri che il giudice sarà in fondo meno fallibile nel decidere della *bona* o *mala fides* che non dell'esistenza di tanti altri fatti giuridici.

8. Alla questione ora trattata sulla concezione positiva o negativa e sul grado della buona fede si suol ricollegare anche l'altra del suo rapporto coll'errore, cioè colla scusabilità di esso. Io credo che il vedere una tal colleganza sia un'illusione, non rara in queste materie sottili, e per me non l'ammetto: perchè, qualunque opinione si accetti circa il grado della *bona fides*, a me non pare che logicamente la scusabilità o inescusabilità dell'errore debba avere su di essa alcuna influenza: dato sempre — tutto si richiama a quel pensiero fondamentale — che la buona fede è un fatto sociale ed etico *non alterato dal diritto*. Che cosa è infatti della *bona fides* (e sia pure il grado più alto e squisito di buona fede, il sentimento più saldo del proprîo diritto), quando essa abbia per base un errore inescusabile, un errore di diritto, ad esempio? Si dirà forse che quell'assoluta convinzione non si può ammettere in caso di errore inescusabile, che la buona fede, insomma,

interessi, le sue passioni ». Per un più vivo raffronto veggasi la pittura maravigliosa del carattere del bengalese nel saggio del Macaulay su Warren Hastings e la condanna di Nuncomar per falso e frode: condanna iniquissima dal punto di vista indiano, non per altro se non perchè si applicava all'India una concezione del giusto e del retto « che non aveva la menoma relazione colla società indiana e urtava contro tutte le idee di quella terra d'Oriente »].

non esiste? Ma allora si confonde la scusabilità dell'errore colla probabilità della sua esistenza: due cose che procedono, è vero, di pari passo in generale, ma che a ogni modo sono due cose e niente vieta che alle volte si separino. Ovvero si dirà che la buona fede diventa mala fede in quanto è trattata come tale, se l'errore su cui si fonda è inescusabile? Diventa, per chi? Per il diritto. Ma allora il diritto ha una buona fede con presupposti suoi speciali, la buona fede giuridica non è identica alla buona fede etica.

Come si vede, io sono in generale dell'opinione del Wächter: l'errore ch'è presupposto della buona fede è un errore improprio, segno di riconoscimento che la volontà (nel caso, la volontà di ledere altrui) non esiste e quindi le conseguenze non derivano dall'errore, ma dall'assenza di volontà. E niente mostra meglio l'inanità dell'opinione avversaria come la confusione in cui s'aggira il suo più illustre e gagliardo fautore, il Bruns, nella critica che egli muove su questo punto al Wächter. Abbiamo visto ch'egli obbietta al Wächter come la sua distinzione (errore ch'è motivo determinante ed errore ch'è segno di riconoscimento) non si riscontri con quella del Savigny tra errore proprio e improprio. Ma per qual motivo? Il Bruns non lo dice: egli non fa che porla a riscontro con quella di Savigny, spiegando che questa significa errore in un fatto per sè efficace ed errore in un fatto già inefficace (1). Sembra ch'egli sia stato indotto ad asserire una tal divergenza puramente da una visione assai torbida e da una falsa analisi dei concetti e dei rapporti: alla quale è proprio peccato che una mente come il Bruns siasi fermata. Ciò rilevo dalla critica ch'egli fa alla distinzione del Wächter, indipendentemente dalla sua pretesa discordanza con Savigny, di cui l'accusa: « I concetti, motivo determinante e segno di riconoscimento, non costituiscono alcuna antitesi recisa e nella maggior parte degli atti possono essere adoperati

(1) Bruns, *Bona fides*, pag. 72-73.

l'uno accanto all'altro. Se, ad esempio, il compratore erroneamente crede il venditore proprietario della cosa, cotesto errore è per lui motivo determinante, in quanto senza tale errore non avrebbe comperato da quel venditore, ma è segno di riconoscimento, in quanto per esso è chiaro ch'egli non ha voluto commettere alcuna ingiustizia » (1). Ora tale critica è veramente meravigliosa e presta essa stessa l'arme a ribatterla. Non v'ha niente di strano che un errore sia motivo determinante e segno di riconoscimento insieme, *quando si riferisca a due diversi momenti di un fatto*, che sono pel diritto come due diversi fatti giuridici. Nell'esempio addotto dal Bruns, l'errore è, precisamente, errore nel motivo determinante rispetto al negozio giuridico, che s'è voluto e concluso, ed altrimenti non si sarebbe per avventura voluto e concluso; è segno di riconoscimento rispetto all'atto illecito, che non s'è voluto e quindi non s'è commesso. La *volontà di compiere il negozio giuridico c'è stata* e, poichè non fa difetto alcun altro requisito, c'è stato il negozio: l'errore è nel motivo ed è l'errore proprio del Savigny. La *volontà di compiere una illecita appropriazione non c'è stata* e quindi non c'è l'atto illecito, la *mala fides*, il dolo, dal momento che manca un requisito essenziale: nè lo Stato potrebbe ammettere le conseguenze degli atti illeciti, a meno che la legge non cancelli dagli atti illeciti in genere o da alcuni il requisito della volontà. Non è questo l'errore in fatti inefficaci di per sè, invalidi per difetto di volontà, non è l'errore improprio del Savigny?

La critica adunque che il Bruns muove al Wächter, oltre all'essere falsa in sè e frutto d'una confusione, dovrebbe esser mossa anche contro il Savigny; appunto perchè veramente il Wächter non ha fatto che assumere di peso la teoria del Savigny, mutandone i termini. Anzi nemmeno i termini; perchè son di conio savigniano anch'essi e ricavati appunto dalle definizioni che dà il Savigny dell'uno e del-

(1) Bruns, l. c.

l'altro errore. Errore proprio, dice il Savigny, è « l'errore nel motivo determinante della dichiarazione di volontà » (1); errore improprio « l'errore da cui riconosciamo che la volontà che dovrebbesi desumere dalla dichiarazione in realtà non esiste » (2). E finalmente anch'egli, come il Wächter, dichiara che la *bona fides* è un fatto, alla cui esistenza la scusabilità o inescusabilità dell'errore è indifferente, appunto perchè trattasi di errore improprio (3).

Straordinaria è poi l'accusa, che, dopo una siffatta critica, muove il Bruns alla teoria del Wächter. Dopo aver dichiarato che i due modi di considerar l'errore debbono condurre a opposti risultati (e s'è visto se son due modi di considerare l'errore e se il Savigny e il Wächter giungono a opposti risultati !) soggiunge: « Una cosa viene in acconcio di notare a questo punto, come sia inammissibile da concetti così astrattamente costruiti, come quelli dell'errore proprio e improprio, ricavare per via di deduzione *a priori* il contenuto di un concetto così positivo come quello della *bona fides*. Un ragionamento qual è quello del Wächter: « si deve pertanto riconoscere ch'egli voleva cosa conforme a giustizia, ch'egli credeva d'esser nel suo diritto che adunque esiste il fatto della *bona fides* », è una mera *petitio principii*, la quale presuppone come stabilito il concetto nella *bona fides* ch'è a dimostrare » (4).

Dedurre dai concetti relativi all'errore il concetto della *bona fides*? Chi può aver sognato questo? Per aver un senso quelle strane parole si dovrebbero intendere « dedurre dai concetti relativi all'errore, dalla dottrina dell'errore, in una parola, l'applicazione che alla *bona fides* debbono avere i principî circa la scusabilità o inescusabilità di esso ». Ma allora che cosa di più ragionevole e di più

---

(1) Savigny, *System*, III, pag. 112 (trad. it. Scialoja, pag. 138).
(2) Savigny, *Ibid.*, pag. 264 (trad. it. Scialoja, pag. 352).
(3) Savigny, *Ibid.*, App. VIII, n. XV e n. XXII.
(4) Bruns, *Bona fides*, pag. 73-74.

logico? Si vede però che il Bruns è preoccupato dall'idea che il requisito della scusabilità dell'errore sia inerente al concetto della *bona fides* (il quale non si sa perchè deve esser di tanto più positivo che quello dell'errore) e altrimenti non si possa aver *bona fides;* e in tal caso non è punto il Wächter, ma lo stesso Bruns che s'aggira inconsapevole in una *petitio principii.* Il Wächter ha ben dimostrato, prima di concludere per l'indifferenza dei principî circa la scusabilità, che la *bona fides* ha per base un errore improprio, un errore ch'è segno di riconoscimento: il Bruns non si cura di provare che trattasi, al contrario, di errore proprio, che quindi quei principî v'hanno applicazione: ha detto semplicemente, con quanta ragione s'è visto, che la teoria del Wächter è falsa e non coincide con quella del Savigny e, abbandonate quindi le pericolose astrazioni dell'errore, dalle quali, per suo avviso, non si può concluder nulla, applica la scusabilità dell'errore alla *bona fides.* Ahimè! costruire sulla base di concetti astratti è pericoloso, ma edificare sul nulla e dal nulla Dio solo lo può.

Concludendo, ripetiamo: se il diritto romano non ha costruito una buona fede giuridica o civile, non può essere logicamente in niun modo che l'errore inescusabile annienti la buona fede. Ora io ho tentato dimostrare in generale che il diritto romano non ha fatto che assumere la *bona fides* etica e sociale, senza alterarne punto il carattere e i presupposti; ed ho riprovato questa tesi in ciascuna delle questioni positive precedentemente trattate. L'ultima riprova sarà precisamente fornita dalla trattazione dell'ultima questione. Passiamo con ciò a dimostrare come i Romani stessi abbiano riconosciuto codesto niun rapporto della *bona fides* coi principî della scusabilità o inescusabilità dell'errore.

Non abbiamo testi circa la *bona fides* ne' rapporti contrattuali; e non credo che nessuno abbia mai pensato ad escluderla in caso d'ignoranza inescusabile. L'ignoranza del diritto potrà essere una gravissima colpa, ma un fatto

doloso non lo crederei. Certo, a ogni modo, il silenzio delle fonti sarebbe strano assai, qualora i principî circa la scusabilità o inescusabilità dell'errore si dovessero applicare alla *bona fides* e al *dolus*.

Ma n'abbiamo di testi in riguardo ad alcuni altri rapporti ancor più analoghi al rapporto del possessore *ad usucapionem*. Anzitutto i seguenti sul furto: Gaio, II, 50; § 4, 5, I. *de us.*, 2, 6; L. 36, § 1, D. *de us.*, 41, 3; i quali si possono in sostanza riguardare come un solo, perchè il testo delle Istituzioni di Giustiniano è ricalcato su Gaio e il testo delle Pandette è tratto dalle *Res cottidianae* dello stesso Gaio. Si fa il caso di un usufruttuario, che aliena il parto della schiava « credens suum esse »; errore inescusabile tipico, error di dritto: cionondimeno l'usufruttuario non commette furto, perchè non c'è *mala fides* in lui.

Più interessante, perchè la questione vi è trattata *ex professo* e perchè il rapporto è precisamente la *bonae fidei* o *malae fidei possessio*, soltanto per altri suoi effetti, è il testo relativo alla *hereditatis petitio*, la L. 25, § 6, D. *de hereditatis pet.* 5, 3 di Ulpiano.

« Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum alius praecederet adgnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, *quamvis in iure erret* ».

Per liberarsi da questi testi il Bruns trascorre ad ammettere un diverso concetto della *bona fides* non solo rispetto al furto, ma anche rispetto alla *petitio hereditatis*: lui che ha richiamato a uno stesso concetto, e giustamente, la *bona fides* in tutti i rapporti giuridici! Nè basta: poichè nel § 4 delle Istituzioni Giustiniano ha aggiunto al testo di Gaio l'inciso « bona fide tamquam suam alienaverit », egli vorrebbe non estendere quel « *bona fide* » così aperto alla vendita del parto compiuta dall'usufruttuario, ma limitare l'inciso alla prima ipotesi, la vendita di cosa commodata o locata fatta dall'erede.

In materia d'usucapione noi non abbiamo alcun testo relativamente all'influenza della scusabilità dell'errore sulla *bona fides* in sè. Abbiamo però effettivamente una serie di testi — e da questi nasce poi tutta la disputa — i quali non riconoscono l'usucapione in caso di errore inescusabile, di errore di diritto.

Sono i seguenti:

L. 4, D. *de iuris et f. ign.*, 22, 6. POMPONIUS, l. III *ad Sab.:* Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse; facti vero ignorantiam prodesse constat.

L. 31 pr., D. *de us. et usuc.*, 41, 3. PAULUS (o meglio POMPONIUS), l. XXXII *ad Sab.:* Nunquam in usucapionibus iuris error possidenti prodest: et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum (*Mo.* factus sit post tempus venditione peracta), usucapi non posse, quia iuris error est.

L. 32, § 1, *ibid.*, POMPONIUS, l. XXXII *ad Sab.:* Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio.

L. 2, § 15, D. *pro empt.*, 41, 4. PAULUS, l. LIV *ad Edictum:* Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione (*Cuiacius:* plus quam in re sit etc.): quodsi scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

Ai testi citati si suol anche aggiungere la L. 44, § 4, D. *de us.*, 41, 3 di Papiniano, la L. 11, D. *pro empt.*, 41, 4 di Africano e la L. 5, D. *pro suo*, 41, 10 di Nerazio, nelle quali si parla di una *non levis praesumptio*, di una *iusta causa erroris* o d'un *probabilis error*.

Io non credo tuttavia che nemmeno di fronte a queste leggi si debba accettare un concetto tutto civile della *bona*

fides quanto all'usucapione, ovvero disperar d'intendere il pensiero dei giureconsulti romani circa la relazione dell'errore colla *bona fides*, come fa il Pernice, il quale giunge su questo punto a un risultato meramente negativo. Io credo che non si debba esitare a sciogliere la questione come il nodo gordiano: avvertendo che sul terreno ideologico un tal modo di risolver le questioni non è per sè stesso da respingere, giacchè sovente il nodo si vede dove non c'è. La scusabilità dell'errore ha influenza sull'usucapione, non sulla *bona fides*: essa costituisce un requisito indipendente della usucapione, il quale allora s'aggiunge alla *bona fides* — sempre però senza alterarne l'essenza e condizionarne, dirò così, l'esistenza giuridica — quando la *bona fides* sostituisce la *iusta causa*, vale a dire nel così detto titolo putativo. A differenza del Wächter io ritengo l'invasione progressiva di quelle ombre di *iusta causa*, che vanno sotto il nome generico di titolo putativo, come una vera sostituzione progressiva della *bona fides* alla *iusta causa*: è la stessa *bona fides* che è applicata sempre più largamente a integrare la *iusta causa* (1) e tende a esaurirla del tutto e usurparne il posto. E sebbene tale divergenza sembri assai lieve e praticamente nulla, pure essa ha tale importanza dommatica che mi offre per la dimostrazione dell'assunto un terreno amplissimo e solido, che il Wächter non ebbe.

Per vero a me sembra che una dimostrazione decisiva di tale asserto si ricavi sin dall'esame attento dei testi riferiti. Già nel primo di essi, L. 4, *de iuris et f.*, di Pomponio, la scusabilità o inescusabilità è posta in diretto rapporto coll'usucapione, non colla *bona fides*. Nel secondo, la L. 31, *de us.*, lo stesso Pomponio, com'è a credere (2), ripete pure

(1) Per me *in qualunque momento* la *bona fides* non ha che ufficio integrativo rispetto alla *iusta causa usucapionis*, poichè ritengo che questa non significhi punto il negozio d'acquisto.

(2) È una ipotesi dello Schulting fondata specialmente sull'iscrizione. L'accoglie anche il Lenel nella sua *Palingenesi*.

lo stesso principio sempre in rapporto all'usucapione e l'esempio che adduce è di un titolo putativo, l'acquisto da un pupillo, in cui l'intervento della *tutoris auctoritas* non è stato regolare, per error di diritto.

Ancor più evidente per questo aspetto è l'altro frammento, così vessato, di Pomponio, la L. 32, § 1, *de usurp.*: questo giureconsulto, negando l'usucapione a chi, sia pure erroneamente, crede che la legge non gli permetta di usucapire, ne assegna due ragioni a scelta: o perchè costui non si può riguardare come un possessore di buona fede, o pel motivo che l'error di diritto è d'ostacolo alla usucapione. E dovrebbe esser chiaro non solo che l'inescusabilità è di nuovo messa in rapporto esclusivamente con l'usucapione, ma che nella seconda soluzione alternativa è sottinteso precisamente « quamvis bona fide videatur possidere ».

Evidentissimo infine mi sembra nella L. 2, § 15, *pro emptore* di Paolo il parallelismo dell'*error facti* e dell'*error iuris* in ordine alla compra conchiusa con un pupillo. In entrambe le ipotesi fatte da Paolo il compratore ignora il vizio della *iusta causa*: nella prima *crede* che il pupillo sia pubere, nella seconda *crede* che i pupilli abbian facoltà d'amministrar le cose proprie senza l'*auctoritas* del tutore. Innegabilmente il giureconsulto ammette nell'un caso come nell'altro la *bona fides* del compratore: soltanto nel primo caso questi usucapisce, nel secondo no « quia iuris error nulli prodest ». Gli è questo semplicemente il motivo della decisione.

D'un'assurda esclusione della *bona fides* non si fa parola: ed anche qui, notisi, il caso fatto è sempre di un titolo putativo.

E per quest'ultimo riguardo, anche dove non si fanno casi speciali, come nella L. 4, *de iuris et f. ign.*, e nella L. 32. § 1, *de us.* è da ammettere che s'intenda riferirsi al titolo putativo: chi parla è Pomponio, un giureconsulto che, seguendo le orme di Nerazio, mostrasi fautore del

titolo putativo (1). E aggiungasi pure che la *iusta causa erroris* o il *probabilis error* sono espressioni usate nei testi di Nerazio e Africano, in cui si riconosce nella più larga misura il titolo putativo, e la non *levis praesumptio* torna in un caso in cui l'ammette Papiniano (2).

Ma una dimostrazione egualmente piena, per altro verso, dell'asserto s'ha riguardando come procedan le cose in ordine alla prova. La buona fede concernente il diritto del proprio autore (3) si presume. È questa una mera *praesumptio hominis*, non già una presunzione legale. La ragione per cui si presume è l'esistenza della *iusta causa usucapionis*; chi è in rapporto con persona che rinuncia alla cosa a favor suo ha ben ragione di supporre che questa persona abbia diritto di disporre della cosa: nell'ordinamento imperfetto della proprietà romana, per quell'assenza

(1) Cfr. L. 3, L. 4, § 2, D. *pro suo*, 41, 10; L. 3, D. *pro her.*, 41, 5. Non contraddicono all'asserto la L. 4, D. *pro don.*, 41, 6, e la L. 29, D. *de us.*, 41, 3 dello stesso Pomponio. L'usucapione ivi è negata, perchè una *iusta causa* sufficiente non vi è neppure nell'immaginazione del subbietto, o se vi è, ciò accade appunto per effetto di un errore inescusabile tipico, l'*error iuris*.

(2) Io sarei tentato pure di aggiungere in prova del mio asserto anche i passi delle Istituzioni e delle *Res cottidianae* di Gaio già citati: Gaio esclude che l'usufruttuario commetta furto, vendendo il parto della schiava, e quindi il compratore può usucapire: l'usufruttuario stesso però non può usucapire. Ora ciò si potrebbe spiegare con dire che a lui manca la *iusta causa usucapionis;* egli non ha che la mera *bona fides.* Ma Gaio mi pare che appartenga alla schiera dei giureconsulti molto remissivi in fatto di *iusta causa usucapionis:* nelle sue Istituzioni egli non ne parla, mentre insiste costantemente sulla *bona fides*, e Giustiniano è stato costretto, ricalcando Gaio, tanto a inserir qua e là menzione della *iusta causa*, quanto ad aggiungere espressamente che l'*error falsae causae* non giova [V. sopra, pag. 529 e nella questione del titolo putativo *passim*]. Sicchè io crederei che per Gaio, se l'errore non fosse stato inescusabile, esso avrebbe valso a giustificare l'usucapione anche per l'usufruttuario; ma sempre, si vede, la scusabilità sopravviene dove la *iusta causa* reale scompare.

(3) Si può in senso lato [dato specialmente il concetto romano della *derelictio:* v. sopra in questa collezione] considerare come proprio autore anche il derelinquente.

singolare di pubblicità adeguata a uno Stato civile nelle trasmissioni dei beni, non si può esigere da lui che faccia indagini speciali per assicurarsi della proprietà, più di quel che si esiga da noi moderni circa le cose mobili. Sicchè la *iusta causa* viene in realtà fino ad un certo segno ad aver funzione di giustificar la buona fede; sebbene io la creda meramente una funzione accessoria ed eventuale, per la quale non è nata la *iusta causa* ed alla quale può esser che non basti.

Ma quando la *bona fides* estende il suo dominio a detrimento della *iusta causa* e questa, intaccata nella sua essenza, è in procinto di svanire o svanisce addirittura, allora scompare la presunzione, perchè è scomparsa la ragione della presunzione: « qui a pupillo emit, dice Gaio, probare debet tutore auctore [lege non prohibente *Trib.*] se emisse ». Si deve allora provare di essere stati indotti in errore e di esser quindi in buona fede: « Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur » (1). Ora soltanto adunque si richiede che l'usucapiente produca un fatto concreto e serio per dimostrar la sua buona fede. Senza dubbio *anche ora* la sua buona fede non è distrutta, se questo fatto positivo costituisce un errore inescusabile; ma in compenso della *iusta causa usucapionis*, da cui si prescinde, è ben ragionevole di esigere che provi anche una *iusta causa erroris*.

Finalmente se consideriamo la ragione per cui nella *bonae fidei possessio* sotto gli altri rapporti si prescinde dalla scusabilità dell'errore, ciò riesce d'una irresistibile evidenza. Se nel furto, se nella *hereditatis petitio*, se, aggiungiamo pure, nell'acquisto dei frutti si prescinde dalla scusabilità dell'errore, non può non saltare agli occhi che in tutti questi rapporti si prescinde anche dall'esistenza di una vera *iusta causa possidendi*. Ora è impossibile che tra le due cose non vi sia un rapporto. L'errore scusabile, la *iusta causa erroris*, non si esige, perchè esso non serve che

(1) Gai., L. 13, § 2, D. *de publ.*, 6, 2.

a sostituire la *iusta causa* esaurita dall'espandersi della *bona fides:* qui non è a parlare di *iusta causa possidendi* o *usucapionis* e quindi nemmeno si pretende una *iusta causa erroris*, che nella teoria più blanda la può sostituire (1).

Postilla. — Non ho nulla a mutare in questo studio sul concetto della *bona fides*. Esso è penetrato nella scienza giuridica italiana ed è stato sovrattutto limpidamente reso dal Ferrini (*Pandette*, n. 322-324, specialmente a pag. 423, nota 3) e svolto dal Corte Enna (*Della buona fede specialmente nei rapporti col possesso*, Cagliari 1901) e in forma più generale, e con rilievo filosofico, da Alessandro Levi, *Sul concetto di buona fede*, Genova 1912. All'estero, pur conoscendo il mio scritto, il Pernice non prese in buona parte le mie osservazioni e nella seconda edizione del *Labeo* ripetè gli errori della prima, ricamandovi sopra una serie di involute e contraddittorie argomentazioni: con tutto il rispetto per il maestro e il riconoscimento dello acume, financo eccessivo, applicato all'esegesi di alcuni testi, le pagine fanno l'impressione che l'autore di esse sia in preda a un torbido sogno.

Tuttavia anche in Italia vi ha chi trova troppo ostico il parlar di buona fede quando vi sia colpa (cfr., ad es., Galfo Ruta, *La buona fede e le sue applicazioni nel diritto civile italiano*, Catania 1899). Non so che cosa dire: l'esegesi delle fonti romane porta a questo, e anche la vita è così. Buona fede e imprevidenza vanno spesso di pari

(1) [Più intuitivo riesce il raffronto, se si restringe il problema all'*error iuris*. Questo esclude l'usucapione anche pei fautori del titolo putativo, perchè non c'è nemmeno la parvenza di un titolo in un rapporto che così come vien supposto e presentato non costituisce per legge in niun modo una *iusta causa;* non esclude gli altri effetti, perchè nessuno richiede per questi altri effetti un titolo, nè reale gli uni, nè putativo, cioè apparente, gli altri. Cfr. la postilla a questo scritto *in fine*].

passo nelle specie discusse dai nostri giureconsulti, e ammettere la buona fede non significa escludere ogni responsabilità nè nel diritto civile nè nel diritto penale.

Altri prosegue a baloccarsi ancora con la distinzione del concetto etico e del concetto psicologico, convertendo in due concezioni i due aspetti della buona fede, l'essenza intima e il presupposto più frequente; e vi ha giureconsulti certamente acuti, ma che non hanno dedicato una sufficiente attenzione al tema, che dichiarano doversi respingere il concetto etico e doversi adottare il concetto psicologico (Ascoli, *Rivista di diritto civile*, vol. VII, 1915, pag. 254): il che può essere nella sostanza quel ch'io ritengo, ma i termini, benchè tradizionali, sono così infelici che non possono venire adottati nemmeno per convenzione.

Se le torbide dottrine non ci facessero velo, in un paese in cui si parla ancora una lingua latina, anzi la più latina delle lingue moderne (il che non è merito nostro, ma è piuttosto una colpa il dimenticarlo), non verrebbe fatto di chiudere gli occhi della mente al valore etico della parola. Esso è vivo nella *fede* dell'italiano moderno e più ancora dell'italiano antico; esso è l'unico significato della parola romana *fides*. Come al solito, io consiglio di leggere fuori dei giureconsulti per sentire quello che i giureconsulti romani sentivano veramente nella parola, e sfuggire al miraggio delle correnti nuove di storia e di pensiero, cristiane e bizantine, alla influenza delle tradizioni di scuola e delle elucubrazioni cartacee, che confondono il valore dei termini più chiari e riducono alla stregua del nostro pensiero moderno quello ch'è il pensiero genuino degli antichi. Ogni frase formata con *fides* ha nella lingua romana un valore etico e, malgrado tutto, è il più delle volte intraducibile per noi o, presa alla lettera, fa luogo a quelle conversioni di significato, che nella evoluzione del linguaggio rendono così evidente il principio della trasformazione delle funzioni: *fidem obligare*, *obstringere*, *liberare*, *exonerare*, *amittere*, *perdere*, *abiicere*, *spernere*, *turbare*, *laedere*, *abrogare*,

fallere, *observare*, *custodire*, *laudare*, *sustinere*, *fulcire*, *implorare*, *invocare* (per es. *Quiritium fidem*), *consecrare*, *inter se fidem et iusiurandum dare*, *pignus fidei*, *per tuam*, *per vestram fidem*, *pro Deum atque hominum fidem*, *Di vestram fidem!* *etc.*

Ogni voce con cui *fides* si appaia è una virtù che ne intensifica il valore etico: *fides et probitas*, *caritas*, *pietas*, *pudor*, *dignitas*, *decus*, *fama*, *aequitas*, *iustitia*, *constantia*, *benevolentia*, *etc.*

La sua antitesi è sempre un vizio, il dolo, la frode, la perfidia (parola della stessa radice, che ha conservato nella nostra lingua più intero il senso primitivo), non già la miscredenza, lo scetticismo, non già un momento psicologico: hinc *fides*, illinc *fraudatio* (Cic., *Cat.*, 2, 11).

Ogni epiteto che si aggiunge a *fides* qualifica la virtù etica, non la virtù teologale: e di nuovo, la traduzione letterale confonde spesso le idee: *sancta* fides (*sanctissimum pectoris humani bonum*, dice Seneca), *alma*, *antiqua*, *prisca*, *cana*, *casta*, *magna*, *eximia*, *mira*, *summa*, *invicta*, *solida*, *constans*, *perpetua*, *incorrupta*, *singularis*, *suspecta*, *dubia*, *fluxa*, *anceps*, *etc.* La *fides graeca*, *punica*, *thyrrhena*, la *fides Ligurum*, *Gallorum* e per antitesi la *fides romana* non alludono certo alle credenze religiose di Zeus o di Baal, al culto dei Druidi o di Giove.

Malgrado la continuazione della latinità, è ben raro che noi possiamo rendere con la nostra *fede* il giro di pensiero in cui campeggia la romana *fides*. Tutt'al più, se vogliamo accostarci alla lettera, possiamo talvolta fare uso di un derivato più integro nel senso, la fedeltà: opus est *fide* et taciturnitate, dice un personaggio di Terenzio (Ter., *Andr.*, 1, 1, 1; te nusquam mittam, nisi das firmatam *fidem* (Plaut., *Miles Gloriosus*); muliebri fecisti *fide* (Plaut., *Miles Gloriosus*, v. 456); tuae *fidei* credo? (Plaut., *Amphitruo*, v. 1391); haud magna cum re, sed plenus *fidei* (Enn., *apud* Cic., *Cat.*, 1, 1); suam *fidem* reipublicae costantiamque praestare (Cic., *Phil.*, 12 in fine); suorumque *fidem* implorare coepit,

saepe clamitans liberum se liberaeque esse civitatis (CAES., *b. g.*, V, 7, 8); inque meis libris nil prius esse *fide* (PROP. IV, 1, 82: non è una dichiarazione fatta per sfuggire al Sant'Uffizio!); inde *fides* dextraeque datae (OV., *Metam.*, XIV, 297-298); in *fidem* sese dare o dedere, in fide esse, manere (LIV., *passim*); praemium *fidei* mortem concupiscere (non sono parole di un martire cristiano!) (SEN., *De Ben.*, 3, 25, 1); alium re, alium *fide*, alium gratia, alium consilio, alium praeceptis salubribus adiuva (SEN., *De Ben.*, 1, 2, 4); nec *fidei* nostrae nec constantiae convenit (PLIN., *Ep.*, I, 7, 2); unicae *fidei* femina (AP., *Met.*, VII, 7); miles, haec est *fides?* la celebre frase di Nerone morente.

Un popolo, così povero (come la lingua stessa rivela) nel dominio delle astrazioni, aveva singolarmente, più che qualunque altro popolo, un Olimpo di virtù astratte divinizzate: *Honor*, *Pudicitia* (anzi due Pudicizie a un tempo, com'è noto, la patrizia e la plebea!), *Concordia*, ecc.; ma la più antica e la più alta, la più venerata tra le virtù divinizzate, ereditata dai prischi Sabini, disciplinata con solennità speciali da Numa, col suo tempio in Campidoglio accanto a quello di Giove ottimo massimo, è la *Fides*. *Iustitiae Soror* la chiama Orazio (HOR., I, 24, 6), e più ampollosamente Silio Italico esclama:

« Ante Iovem generata, decus diumque hominumque.
Qua sine non tellus pacem, non aequora norunt,
Iustitiae consors tacitumque in pectore numen.
(SIL. IT., *Pun.*, II, pag. 484-486) ».

Ma *bona fides* ha talmente serbato il suo valore originario anche nella nostra *buona fede* (e non per derivazione dalla lingua del diritto!) che gli stessi usi quasi spregevoli e un poco esposti alla caricatura, che alludono alla dabbenaggine, alla facilità soverchia di illudersi e di essere tratti in inganno, all'assenza di pensieri nascosti, ma talvolta anche di attenzione e di riflessione elementare, si ritrovano egualmente nel latino e nell'italiano

(cfr. il nostro « semplicione e di buona fede»); ed io vorrei che a questo riflettessero coloro che hanno la malinconia di escludere la buona fede in chi versi in colpa, malgrado le chiare attestazioni in contrario degli stessi giureconsulti romani: dic *bona fide:* tu id aurum non surripuisti? *Bona* — Neque scis qui abstulerit? — Istuc quoque *bona* (Plaut., *Aulularia*, v. 772-773); tuos emit aedis filius — *Bonan fide?* — Siquidem tu argentum redditurus, tum *bona;* Si redditurus non es, non emit *bona* (Plaut., *Mostellaria*, v. 670-672); dic *bona fide:* iam liberast? (Plaut., *Persa*, v. 486); *bonan fide* istuc dicis? (Plaut., *Pseudolus*, v. 1095); si vis beatus esse, si *fide bona* vir bonus, *sine contemnat te aliquis* (Sen., *Ep. ad Luc.*, 8, 2 (71), 7); cum fortissimus sum et omnia *bona fide* fiunt, sol temperat (Sen., *Ep. ad Luc.*, 8, 83, 5); illae si *bona fide* in animum tuum intraverint, nunquam amplius intrabit dolor (Sen., *Dial.*, 12, IV, 5 (*ad Helviam de cons.*); totam operam *bona fide* perdere (Sen., *De Ben.*, 5, 12, 1); *bona fide*, quid praestitisset oblitus (Sen., *De Ben.*, 2, 17, 7); si *bona fide* paenitentiam emendas (Petr., *Sat.*, 91, 8); *bona fide* puero basium dedit (Petr., *Sat.*, 110, 3); neque enim se *bona fide* in multa simul intendere animus totum potest (Quinct., *Inst. or.*, 10, 3); cfr. anche Plaut., *Aulul.*, v. 212-213; *Trin.*, v. 128; Sen., *Dial.*, 9, 1, 1; *Ep. ad Luc.*, 6, 4 (56), 11.

Su di un punto solo, quasi estraneo al tema, farei ora delle riserve. Non è bene l'appaiare l'errore di diritto e l'errore di fatto sotto il concetto della scusabilità (ammesso pure che si debba parlare di scusabilità e non di fondatezza e di prova, esclusa la presunzione) in ordine al titolo putativo. L'*error iuris* esclude l'usucapione non tanto per la sua inescusabilità massima, quanto perchè non presenta nemmeno nelle parvenze esteriori quel titolo che si richiede a usucapire.

XII.

Note ulteriori sul giusto titolo e sulla buona fede (*).

In una serie di studi (1) io mi occupai di stabilire in ordine alla buona fede e al titolo nell'usucapione i seguenti punti: nè il titolo dell'usucapione è un modo d'acquisto della proprietà, nè la buona fede è la credenza di esser divenuto proprietario o di acquistare dal proprietario, nè l'usucapione è la sanatoria di un acquisto imperfetto della proprietà. L'usucapione rappresenta nel diritto romano un modo d'acquisto indipendente del dominio mediante il possesso, il quale modo d'acquisto, perchè non riesca un premio e un eccitamento al mal fare, ha questo limite generalissimo, che nella presa di possesso non si leda altrui. L'esplicazione antichissima di questo limite è l'assenza di lesione *del possesso* altrui, nell'acquisto del proprio possesso; il che era significato dall'assenza di furto. Lo Stintzing vide che l'antica usucapione esigeva non titolo e buona fede, ma solo assenza di furto: non vide il significato di questo requisito e la relazione del furto col possesso, onde s'immerse in erronee deduzioni. L'assenza del furto col restringersi del-

(*) Estratto dai *Rendiconti del R. Istit. Lomb. di sc. e lett.*, serie 2ª, vol. XXXIX, 1906. Queste note trassero occasione, come dico in seguito, da uno studio dell'alto civilista, nativo di Trieste, maestro a Bologna, che onorò la patria colla mente e le abbandonò con eguale ardore la vita, scrivendo col sangue la sua pagina immortale sul Carso. Lo studio di Giacomo Venezian porta nelle sue care lettere la dedica «all'amico Bonfante, nella speranza di provocare una discussione istruttiva».

(1) Ricordo: *La iusta causa nell'usucapione*, nella *Riv. giur. ital.*, vol. XV, 1893. *Le singole iustae causae dell'usucapione* (*Ibid.*, vol. XVII, 1894. *L'essenza della bona fides*, nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII, 1895 [Precedono in questa collezione].

l'àmbito del *furtum* venne surrogata dal concetto equivalente dalla *iusta possessio*. Un progresso essenziale, ma spontaneo, fu recato dall'assorgere dalla *iusta causa;* a stabilire l'assenza di lesione altrui nella presa di possesso, si richiede ora un rapporto positivo che la giustifichi, onde, come io insistevo, l'onere della prova si rovescia, e viene ad incombere sull'usucapiente. Il passaggio insensibile dall'una fase all'altra è impresso anche nel significato ambiguo della *iusta possessio*, ora *possessio sine vitio*, ora *possessio ex iusta causa*. In questa ascensione progressiva dell'assenza di lesione altrui, la buona fede rappresenta il momento più elevato, in quanto è nell'intimo della coscienza ed in tutta la condotta dell'agente che si richiede l'assenza di spirito lesivo. La buona fede è fatto etico e psicologico ad un tempo, in quanto il più delle volte nell'usucapione sua base è un errore; sia l'errore scusabile o inescusabile, non importa, perchè la buona fede esclude il dolo, ma non esclude la colpa o l'imprevidenza (*imprudens emisti et ignorans usucepisti*), e non a torto, nel linguaggio comune, persona dabbene significa anche colui che facilmente si lascia ingannare. Nella dottrina dei giureconsulti classici vi fu una tendenza di una scuola o di una parte dei giureconsulti a cedere sulla esigenza della *iusta causa* e a contentarsi di una *iusta causa erroris*, il che rappresenta in certo modo un ampliarsi della buona fede ai danni della *iusta causa*: con questo però, che l'errore sull'esistenza della *iusta causa* dev'essere scusabile, un *probabilis* o *tolerabilis error*, e, ciò che veramente importa, mai non giova l'errore di diritto, che significherebbe rinunciare anche alla parvenza del titolo.

* * *

In un recente ed acuto scritto civilistico: *L'errore di diritto e il possesso di buona fede*, nella *Giurisprudenza Italiana*, 1905, vol. LVII, il Venezian in massima aderisce alle mie teorie (n. II). Ma gli svolgimenti ulteriori del forte

scrittore, in parte felici, peccano in parte, mi sembra, per eccesso di sottigliezza, e debbo fare inoltre le mie riserve sull'applicazione al diritto civile della mia stessa teoria. Il Venezian respinge anch'egli il concetto di negozio traslativo di proprietà che sta a base delle comuni definizioni del titolo ed accentua la separazione dei due requisiti. Egli intende per titolo il fatto giuridico che giustifica l'acquisto del possesso legittimo *di fronte all'autore:* buona fede invece rappresenta l'ignoranza del diritto che si viene a ledere *di fronte al vero titolare di esso.* Il titolo è il requisito *relativo* del possesso di buona fede; di fronte ad esso sta come requisito *assoluto* la buona fede.

Non sarei alieno dall'accogliere queste formulazioni del Venezian. Il carattere vero del titolo, il carattere più spirituale della buona fede e l'intrinseca assenza di lesione altrui che essa rappresenta, spiccano in questa definizione, la quale mette in rilievo come la tendenza della buona fede sia *verso il proprietario vero*, a differenza della *iusta causa* o della più antica *iusta possessio*, che guardano all'autore o al precedente possessore (1).

Se non che la mia adesione è per avventura puramente e semplicemente dal lato romanistico. Dal punto di vista del diritto civile mi sia lecito muovere qualche dubbio sulla definizione del titolo. Titolo è nel nostro diritto un negozio abile a trasferire il dominio: questa è la definizione testuale del Codice all'art. 701, e l'art. 2137 esige ancora quanto alla prescrizione che il titolo debba essere debitamente trascritto e non nullo per vizio di forma. Coerentemente, la buona fede è l'ignoranza dei vizî del proprio titolo, come esprime lo stesso art. 701, il che vuol dire la credenza di essere divenuto proprietario. L'usucapione è nel diritto civile la sanatoria eccezionale di un acquisto vizioso del dominio, non

(1) [Nella revisione del mio studio *La iusta causa, etc.*, ho precisamente accolto questi acuti rilievi, che lumeggiano viemeglio l'evoluzione storica dei requisiti limitativi e la posizione della buona fede di fronte alla *iusta causa*: cfr. sopra, pag. 533].

è più acquisto mediante il possesso (e anche mediante un breve possesso nel suo tipo classico), non è più l'antica *usu-capio* romana e a ragione essa non ne porta più il nome: si fonda sulla negligenza del vero proprietario, sul suo silenzio per lunga serie d'anni: ha di mira, in altri termini, non tanto l'acquisto del possessore, quanto la decadenza pel non esercizio del proprio diritto (1). Nel diritto romano la *iusta causa* non coincideva quasi mai col modo di acquisto del dominio, nè nel diritto classico, nè nel diritto giustinianeo, perchè la *mancipatio*, la *in iure cessio* nel diritto classico, i modi legali di trapasso dei beni immobili richiesti nel diritto giustinianeo dai prefetti del pretorio o dalle consuetudini locali non si richiedono, e la buona fede non implica punto, *il più delle volte*, la credenza di esser divenuti proprietari. Si può verificare ciò *una sol volta* nel diritto civile moderno? Il momento stesso della buona fede non è, come nel diritto romano, il momento della presa di possesso, bensì quello dell'acquisto. Tutto è mutato. Come applicare di peso al diritto civile un concetto romano già nella compilazione giustinianea profondamente oscurato?

Siamo ben d'accordo che « non vi è nè può esservi mai alla radice del possesso sôrto in antitesi alla proprietà un negozio che *realmente* trasferisca la proprietà ». Ma il diritto civile, *a differenza del diritto romano*, richiede un negozio che *virtualmente*, *esteriormente* trasferisca la proprietà, cioè un atto la cui funzione è questa, e lo richiede sino ad esigere, almeno quanto alla prescrizione, l'osservanza delle forme e della trascrizione. I requisiti relativi al diritto dell'alienante non appartengono all'essenza del negozio: conservando dunque la comune definizione del titolo, non si respinge la distinzione del titolo e della buona fede. Se il Venezian nega che il titolo sia un negozio traslativo del

---

(1) [Questi diversi caratteri derivano dalla *longi temporis praescriptio*, con cui l'usucapione si è fusa nel diritto giustinianeo: v. sopra, *La iusta causa, etc.*, in fine, Postilla II].

dominio, perchè, non essendovi in effetto un trapasso del dominio, non si potrebbe mai discorrere di un titolo reale, egli ragiona come nel diritto romano quegli autori i quali dichiarano che il titolo *pro derelicto* è un titolo putativo, perchè la vera *derelictio* non può esser fatta che dal proprietario.

*
* *

Non sempre felice è l'analisi che il Venezian fa della casistica romana in ordine alla *iusta causa* (n. III). Secondo il Venezian distinguere il negozio che difetta dei requisiti di giuridica efficacia, come la vendita fatta dal furioso, e l'ipotesi in cui nessun negozio è stato conchiuso, per applicare soltanto a questa seconda ipotesi la designazione del titolo putativo « è assolutamente arbitrario: la giustificazione obbiettiva dell'acquisto non si ha più nell'uno che nell'altro caso ». Io sarei più radicale o più conciliante, secondo i punti di vista. Sono proclive a ritenere che sia arbitrario usare la designazione *titolo putativo* in un senso più ristretto o più ampio: ciò avviene di numerosi termini giuridici e tutto sta ad intendersi.

Senonchè la terminologia che usa titolo putativo soltanto pel negozio prettamente immaginario ha in primo luogo l'appoggio dei giureconsulti romani e ha un significato storico. I fautori del titolo vero giungevano sino a riconoscere la vendita operata da un furioso creduto sano e da un pupillo creduto pubere: non si spingevano a riconoscere la vendita puramente immaginaria, il che avrebbe portato la concordia tra le due correnti avverse. In secondo luogo essa ha un significato dommatico: l'ammissione del titolo putativo significa la presenza di una *iusta causa erroris*, di un *tolerabilis* o *probabilis error* al suo posto (1). Sog-

(1) Il Venezian colloca per avventura tra i titoli veri la compera fatta dal tutore all'asta della cosa pupillare, richiamandosi alla disciplina della vendita all'asta, e in nota rileva: « Questo non è avvertito dal Bonfante (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*,

giunge il Venezian: « L'interpretazione storica che *accentua la divergenza* e rappresenta la seconda dottrina come uno svolgimento di quella che rigorosamente esige lo realtà nella *iusta causa*, non scopre che una parte della verità ed è insufficiente a spiegare e le apparenti oscillazioni e il ritorno all'esigenza della causa reale e sovrattutto l'accoglimento delle affermazioni dell'uno e dell'altro nella compilazione giustinianea. E di questo accoglimento la spiegazione non è data, è sfuggita nella proposizione spesso ripetuta, che la regola è l'esigenza della causa reale, l'eccezione è l'ammissione della causa putativa ».

In nota poi soggiunge: « Alla spiegazione storica si acqueta il Bonfante e sciupa la costruzione solidamente impiantata sulle basi della teorica dello Stinzing, immaginando una involuzione finale del requisito della *iusta causa* in quello della buona fede ».

Appar chiaro da quanto abbiamo detto sopra che *la divergenza deve esser accentuata*, perchè i giuristi, i quali

vol. XVII, pag. 174 [v. sopra, pag. 602]), che crede la vendita nulla e come tale conosciuta dal tutore e vede nella decisione un'anomalia, di cui dà una spiegazione abbastanza contorta ».

Per un caso singolare non vi ha ipotesi anomala circa la quale i giuristi fautori del titolo vero abbiano esitato tanto come questa: si può dire che l'hanno trovata così grave che per essa il giureconsulto Paolo (come Bortolo sbigottito dalla richiesta del cardinale Federigo circa la dimora di Renzo), accumula tutte quante le ragioni e tutte le autorità, mentre impiega ora l'una ora l'altra circa le singole anomalie: vi è l'autorità di Servio e la costituzione del Divo Traiano, vi è il *decursum est* e la giustificazione che il pupillo non ne riceve danno, anzi può giovargli d'avere un compratore che non si dilegui, vi è infine la considerazione che il tutore può esser responsabile coll'*iudicium tutelae*, se ha pagato meno del giusto prezzo, perchè, quanto al vendere, o a lui o a un altro, la cosa, messa all'asta, doveva pure esser venduta. Quanto alla spiegazione abbastanza contorta, essa è un pensiero che s'ispira ai giureconsulti romani e sul quale si basa l'elegante decisione accolta dallo stesso Paolo nel frammento vaticano 1: si può discutere sulla legalità della vendita come negozio *volontario*, ma vi è il rapporto economico, *di fatto*, costituente il sostrato di essa, dello scambio di cosa con prezzo, e il prezzo è ricevuto dal proprietario, sia la donna, come nel fr. vat., o il pupillo, come nel nostro.

riconoscevano quelle anomalie, erano appunto i fautori del titolo vero; esse erano per loro (e lo dichiarano) statuizioni di diritto singolare, e Paolo si rifiuta di procedere alla loro logica applicazione nella stessa sfera dei rapporti connessi colla *usucapio*, non ammettendo, ad esempio, che il rapporto riconosciuto per eccezione atto all'*usucapio* potesse giustificare l'*actio publiciana* o l'*accessio possessionis*. Quanto al *ritorno* all'esigenza della causa reale, noi sappiamo solo questo per diritto classico, che in Paolo o, se si vuole, negli ultimi giureconsulti trionfa delle due dottrine in contrasto quella che esigeva il titolo vero: le oscillazioni vi furono *realmente*, ma non sapremmo dire con sicurezza quanto e quale seguito avesse la dottrina del titolo putativo e quando sorgesse: era una opposizione tra la *substantia* e la *opinio*, tra sabiniani e proculiani e trionfarono, come in generale, i sabiniani? Se non che Celso proculiano, come ricorda il Venezian, è fautore del titolo vero, Giuliano e Gaio, sabiniani, sembrano inclinare al titolo putativo (1). Quanto però all'accoglimento delle affermazioni opposte nella compilazione giustinianea, non è proprio il caso di stillarsi il cervello per ricercarne la spiegazione. Senza nemmeno esagerare nella critica dei compilatori, noi dobbiamo cercare soltanto la soluzione logica del contrasto; e certamente la peggiore è, come sembra pur d'avviso il Venezian, l'ammettere la causa reale come regola, la causa putativa come eccezione. Le norme dell'interpretazione logica mi indussero inesorabilmente a ritenere pel diritto giustinianeo la sanzione generale della *iusta causa erroris*.

Che questa rappresenti a un tempo stesso il trionfo ultimo del requisito subbiettivo, che riassorbe in sè il requisito obbiettivo, a me par certo: oramai il *putare*, l'*existimare* si riferiscono egualmente tanto alla credenza di aver comperato dal proprietario, quanto alla credenza, abbastanza fondata, che una compera vi sia stata effettivamente, che il mio

(1) [V. sopra, pag. 677].

rappresentante o il mio autore ereditario, secondo gli esempi classici, abbiano essi conchiuso l'acquisto. Che cosa intenda poi il Venezian con dire che io mi acqueto alla spiegazione storica, quando la mia analisi circa l'essenza della *iusta causa* e l'opposizione tra titolo vero e titolo putativo è più dommatica che storica e in che modo ritenga che io sciupi la mia costruzione stessa, mi è oscuro.

***

Ma lo spirito sottile trascina ancora il Venezian al di là del vero, per lo meno nella forma. Mentre la buona fede relativa al diritto dell'autore d'ordinario si presume, l'errore in ordine al titolo deve essere scusabile, e mentre la buona fede non è esclusa dall'errore di diritto, questo non può costituire un titolo putativo, perchè, cedendo sull'esistenza della *iusta causa*, il diritto non cede sulla sua essenza.

I giuristi fautori del diritto putativo richiedono tutti una prova seria di quest'errore con la *iusta causa erroris*, ed è naturale: andar più in là ed accontentarsi della pura buona fede, con le apparenze di un progresso, avrebbe segnato un vero ricorso storico, in quanto si veniva, come nelle origini, a non chiedere altra prova che quella del possesso.

Ora ecco come il Venezian si esprime al riguardo: « Contro l'osservazione (del Bonfante) *che la legge non altera punto questo concetto, nè viene a foggiarlo a suo arbitrio, diverso da quello che è nella società da cui l'assume*, è da avvertire come, in ragione appunto della necessità di dare la prova di uno stato di coscienza, quello che n'è il concetto giuridico si distacca dal concetto etico, ed è considerato in mala o in buona fede chi tale apparisce, per gli elementi che le circostanze esterne forniscono a giudicare della sua condotta, quantunque possa non esser tale in realtà ».

Ora queste parole potrebbero ingenerare un turbamento, perchè parrebbe che il Venezian ritenga che il diritto abbia

modificato, assumendolo, il concetto sociale della buona fede. Ma più grave è che in quella forma egli viene ad esprimere, certo contro la sua intenzione, un concetto assurdo.

Qualunque fatto giuridico, stato di coscienza o meno, deve essere giudicato dagli elementi che le circostanze esterne forniscono: il giudice precisamente può esser indotto in errore da queste circostanze esteriori, ma l'errore del giudice non è un presupposto del legislatore: alla stessa stregua si potrebbe dire che la legge ha un concetto civile dell'omicidio, fatto a suo arbitrio, diverso da quello che i volgarissimi uomini si formano, quando intendono per esso il privar della vita un altr'uomo, e ciò perchè i giudici, valutando male quelle circostanze, condannano talora degli innocenti.

Ciò che il Venezian doveva dire è che l'opinione sostituente il titolo putativo deve avere a sua base un errore scusabile, che non basta insomma l'esistenza dell'errore, ma si esige la *iusta causa erroris*. Ma ciò è precisamente quello che io dissi.

Considerazioni acute, ma miste di esagerazioni, svolge il Venezian — e sempre indotto da quello spirito sottile, che per voler andar più a fondo, va al di là del vero, e dal mescolare principî di diritto romano e di diritto civile — al n. VII, proseguendo il ragionamento sull'influenza dell'errore di diritto. Non ripetiamo il lungo discorso, ma facciamo alcune osservazioni sulle proposizioni più dubbie.

Il possesso di buona fede atto all'usucapione non è per diritto romano il possesso di buona fede che si richiede per l'acquisto dei frutti, delle opere dei servi, pel risarcimento delle spese, e la prescrizione *trentennale*.

È il puro fatto dell'essere o non essere in buona fede che si rileva dai giureconsulti per questi varî effetti, e precisamente in antitesi all'usucapione o prescrizione ordi-

naria (1). Anche per diritto civile, nonostante che il nostro Codice abbia unificato e irrigidito il concetto del possesso di buona fede, dubito, ad esempio, che per gli atti dell'erede apparente di buona fede si richieda un titolo vero, e non credo certo che in niun caso, fuor dell'usucapione, si possa insistere sui vizî o almeno sui vizî formali del titolo. Ma per quel ch'è del diritto romano è certo che « i numerosi passi » relativi all'influenza dell'errore di diritto parlano *tutti espressamente* dell'usucapione, del *ius*, non già della *bona fides* o del possesso di buona fede, del *factum*.

Il porre da banda queï passi nella questione della buona fede, e del puro possesso di buona fede non è quindi una « eliminazione disinvolta », ma un procedimento di logica elementare. Se al Venezian la forza della L. 25, § 6, D. *de her. pet.*, 5, 3, che fa prova diretta di una norma opposta, almeno in ordine ai frutti (2), pare sciupata, perchè la citazione « passa tradizionalmente da uno scrittore ad un altro », se al troppo severo civilista ripugna « l'abbrancarsi ansioso ad un testo », ebbene, si può far a meno di questo testo e di ogni altro: la buona fede come *factum* resta sempre un *factum*, per ripetere le parole di Pomponio. Toccherà appunto agli avversari a produrre dei testi da cui si desuma che non si è più in buona fede, quando si versi in errore di diritto.

L'estremo della sottigliezza è forse raggiunto nella dichiarazione che segue: « Senza avvertire che quel testo (L. 25, § 6, D., 5, 3) non fa che escludere la responsabilità civile e penale di chi senza mente di predone abbia appreso il possesso ereditario: non riconosce nè esplicitamente nè

(1) Ad *factum* pertinere ut quis bona vel mala fide possideat (nell'acquisto dei frutti): L. 48, § 1, D. *de acq. rer. dom.*, 41, 1.

(2) Ulp., l. XV *ad Ed.*: « Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. *Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret* ».

implicitamente in chi abbia errato in diritto sul fondamento della vocazione ereditaria la qualità di possessore di buona fede, ma lo esonera dalla responsabilità per l'alienazione delle cose apprese e per i frutti che non abbia percepiti ».

Ma l'esonero da ogni responsabilità civile per le cose apprese e per i frutti non percepiti, è un privilegio che si concede al possessore appunto perchè si riconosce che egli non è un possessore di mala fede, un *praedo*, come si usa dire in tema di *hereditatis petitio* (1).

Osserva pure il Venezian alla nota 83: « Anche meno opportunamente altri si richiama al § 5, I. *de usuc.* 2, 6, dove nell'errante in diritto si esclude l'*animus furandi* », Sarebbe già abbastanza; ma si riferisce precisamente all'errante in diritto la frase *bona fide tamquam suam alienaverit:* ha alienato, vale a dire, in buona fede l'usufruttuario che per errore di diritto crede suo come frutto ciò che non si ritiene frutto dal giureconsulto. Dovremo cancellare il *bona fide?*

(1) [D'altra parte, se nel titolo in questione del Digesto (5, 3), cioè in tema di petizione d'eredità, il possessore di mala fede è indicato spesso colla denominazione di *praedo*, per quello di buona fede si serba regolarmente nello stesso titolo la terminologia del *bonae fidei possessor* (Cfr. D., 5, 3 *passim*). E sempre al *bonae fidei possessor* è attribuito l'acquisto dei frutti *percepti* in tema di *rei vindicatio:* tra i due territori vi ha poi una specie di endosmosi storica, perchè la regola giustinianea che limita l'acquisto dei frutti ai consumati è in sostanza penetrata dalla *hereditatis petitio* nella *rei vindicatio*. In qualunque modo poco si può dubitare che di fronte alla *r. v.* non sia mai richiesta con rigore la realtà e la legittimità della *iusta causa:* l'antitesi coll'usucapione non potrebbe essere fissata in modo più reciso di quel che accade nella citata L. 48, § 1, D. *de a. r. d.*, 41, 1].

XIII.

La buona fede nell'acquisto dei frutti e per l'esercizio del "ius retentionis" (*).

Il disposto della sentenza che annotiamo circa il diritto di ritenzione per i miglioramenti eseguiti dal possessore, cioè che la buona o mala fede del defunto giova o nuoce anche all'erede, sembra procedere a fil di logica dai principî della nostra legislazione riguardanti il momento della buona fede e la successione ereditaria nel possesso. Giusta il nostro Codice basta che la buona fede vi sia stata al momento dell'acquisto (Cod. civ., art. 701 capov.), vale a dire si esige la così detta buona fede *iniziale*, inteso qual momento iniziale quello dell'acquisto; e quanto all'erede, esso continua di diritto il possesso del defunto (Cod. civ., art. 693), e s'intende che lo continua com'era in capo al suo autore.

Nondimeno il fatto che l'erede debba subire sino a tal segno le conseguenze dei vizî del suo antecessore è abbastanza iniquo. È in fondo già grave assai che tali conseguenze ei le abbia a subire circa la prescrizione acquisitiva, e che, a differenza di qualunque altro acquirente, gli sia d'ostacolo all'acquisto definitivo la mala fede del suo autore.

(*) Estratto dal *Foro italiano*, XIX, 1894, I, 246 e seguenti.

È una nota alla sentenza della Corte di cassazione di Firenze, 3 luglio 1893. La massima della sentenza nel *Foro ital.*, l. c., è la seguente:

« L'art. 693 Cod. civ. stabilisce un principio assoluto, che non permette in alcun caso di separare il possesso dell'erede da quello del suo autore.

« Quindi il successore di un possessore di mala fede non può invocare la sua buona fede personale per prevalersi del diritto di ritenzione, di cui all'art. 706 Codice stesso, in garanzia del suo credito per miglioramenti verso il proprietario rivendicante ».

Che se tuttavia nella prescrizione acquisitiva sembra che la cosa non offenda, ciò avviene perchè la prescrizione acquisitiva è un puro lucro, e anche un lucro straordinario, di guisa che nessuno si commuove vedendola soggetta a restrizioni d'ogni genere e vedendone privata una persona di più o di meno per motivi estranei alla sua buona fede individuale; nessuno si commuove nemmen quando, come nel caso presente, questa privazione in sè non troppo giustificata viene a creare una disparità di trattamento di fronte ad altri acquirenti. Che però il successore universale, dopo aver coltivato in perfetta buona fede il fondo come suo, e spesovi fatiche e danaro, dopo eseguiti colla stessa buona fede i miglioramenti più vantaggiosi, debba subire l'identico trattamento di un qualunque possessore di mala fede, e per conseguenza esser tenuto alla restituzione di tutti i frutti, negatogli il diritto di ritenzione per causa di miglioramenti, è tale una violenta iniquità, che se i principî necessariamente vi conducono, meritano essi stessi un processo inquisitivo per istabilire come si sono potuti infiltrare nella nostra legislazione e se vi siano debitamente a posto.

Ora queste conseguenze sono esse realmente conformi alla legge? La dottrina è divisa. Alcuni scrittori sono del parere della Corte Suprema di Firenze: così il Borsari, *Comm.*, vol. II, pag. 1227-1230, e decisamente il Ricci, *Corso di dir. civ.*, vol. V, n. 82bis, pag. 114-117. Per l'opinione contraria, cioè che si debba guardare alla buona fede del possessore attuale, e non del predecessore defunto, è il Pacifici-Mazzoni, *Istituz. di diritto civile*, vol. III, pag. 372-373. Similmente la giurisprudenza oscilla: cfr., ad es., in senso contrario alla decisione che annotiamo: Cassaz. Torino, 25 marzo 1879, *Foro ital.*, 1879, I, 1319; Appello Genova, 16 aprile 1883, *Id.*, Rep. 1883, voce *Possesso*, n. 99; Appello Roma, 31 dicembre 1889, *Id.*, Rep. 1890, detta voce, n. 59; Tribunale Bari, 25 aprile 1891, *Id.* Rep. 1891, voce *Successione*, n. 163.

Io, lo confesso, non saprei come si possa la contraria opinione sostenere, ove non si voglia tradir la logica per favorire le aspirazioni di una equità estralegale. Se il possesso di buona fede, da cui dipende l'acquisto dei frutti, esige il requisito della buona fede solo al momento dell'acquisto; se l'erede continua di diritto il possesso del suo predecessore, un sillogismo non difettivo impone di concludere che la mala fede di cotesto predecessore al momento in cui acquistava gli abbia a nuocere, come gli gioverebbe la sua buona fede. Nessuno dubita che le cose siano in questi termini nella prescrizione acquisitiva: si dice che il nostro diritto ha voluto sancire contro il diritto canonico il principio romano e più pratico: *mala fide superveniens non nocet;* che l'erede non può in base ai più puri principî se non continuare l'usucapione del defunto. Ma queste conseguenze non sono meno imprescindibili circa l'acquisto dei frutti. Il capoverso dell'art. 702 circa la buona fede iniziale è più esplicito che non sia l'art. 2137, e il succedere dell'erede nella buona fede e nel diritto all'usucapione del defunto convien desumerlo dall'articolo 693 della materia possessoria. Si vede che intento del nostro legislatore fu di stabilire, per quanto era possibile, un concetto uniforme del possesso di buona fede, così in rapporto alla usucapione, come in rapporto all'acquisto dei frutti. Fra l'art. 701, che contiene la nozione generale del possesso di buona fede, e l'art. 2137 vi ha bensì una diversità di qualche rilievo in ordine al titolo, che nel secondo rapporto si vuole sia stato debitamente trascritto e non sia nullo per difetto di forma (art. 2137); ma non ve ne ha punto in rapporto alla buona fede.

D'altra parte non mi sembra che i seguaci dell'opposta opinione si siano troppo curati di dimostrar l'assunto con qualche speciosa argomentazione giuridica. Con stupore veggo il Pacifici (l. c.) far richiamo semplicemente, in nota, ad autori francesi, come il Duranton, il Demolombe, l'Aubry e Rau, i quali fondano la loro opinione precisamente sul-

l'opposto principio del Codice Napoleone che in ordine all'acquisto dei frutti si debba guardare a ogni momento di percezione e non all'acquisto della cosa. Quanto alla Cassazione di Torino, tentando di ragionare, essa procede di errore in errore: « Se è certo in diritto che il possesso si continua nel successore a titolo universale, tuttavia *le conseguenze di questo principio sono diverse* secondo che trattisi o di acquistare per mezzo della prescrizione un diritto sulla cosa della quale si tratta, o di ritenere e di non render conto dei frutti percetti..... Nel secondo caso si ha solo riguardo al tempo *in cui i frutti sono stati percepiti dal possessore*, il quale li fa suoi non già in forza di un diritto ch'egli spieghi rappresentando il suo autore, e in virtù di un lungo possesso atto a prescrivere, ma per un fatto suo esclusivo e personale, la buona fede cioè del suo possesso..... Il legislatore si allontanò dal rigoroso diritto, e inspirandosi a principî di equità, volle che i frutti diventassero proprî di chiunque *in buona fede abbia a raccoglierli, senza distinguere tra chi possiede a titolo singolare o come successore universale*, considerando essere la buona fede un fatto giuridico personale del possessore *nell'atto che perceve i frutti*, e ponendo mente che anche l'erede può ignorare i vizî della provenienza della cosa trovata nella eredità del defunto suo autore ». Le conseguenze del principio sono diverse nell'acquisto di frutti? Esse sono addirittura soppresse a questa stregua, il principio è abbandonato! Ma soppressione o differenza che sia, il fondamento giuridico non ne è offerto dalla Cassazione. E d'onde poi essa trasse che il legislatore abbia avuto riguardo al tempo in cui i frutti sono percepiti dal possessore? Il legislatore, all'art. 702, esige che si guardi solo al momento dell'acquisto, e con ciò proscrive qualunque momento successivo.

Non il legislatore adunque si è ispirato ai principî di equità, ma vi si ispira la giurisprudenza; non il legislatore ha posto mente alla posizione dell'erede, ma la giurisprudenza se ne occupa. E questo accenna che tale posizione

è iniqua; che il legislatore qui non ha disciplinato con intelletto d'amore i rapporti reali della società in cui viveva, ma gli ha incatenati ai principî di scuola. Tristo indizio, quando quel senso comune del diritto che è l'equità, per concludere in guisa conforme al giusto ideale, alla eguaglianza dei rapporti, è costretto a ragionar tanto male!

Ma che le conseguenze logiche del principio siano quelle dedotte dalla sentenza qui riferita, lo mostrano poi luminosamente i precedenti storici. La nozione generale del possesso di buona fede espressa nell'art. 701 è alla lettera la definizione stessa che porge il Codice Napoleone all'articolo 550. Ma già il Codice Albertino, nell'art. 453, per un preteso ritorno ai principî romani, soppresse, non senza una viva discussione (v. *Motivi del Cod. sardo*, vol. I, pag. 400), il capoverso dell'art. 550 Codice francese e fu seguìto dal Codice italiano. Ora, questo capoverso dice precisamente che « il possessore cessa di essere in buona fede al momento in cui viene a conoscenza dei vizî del suo possesso » (*cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus*). Con questo capoverso il Codice francese stabiliva una recisa differenza tra l'acquisto dei frutti e la prescrizione; poichè, rispetto alla prescrizione, conforme al Codice italiano, esso non esige la buona fede se non al momento dell'acquisto (Cod. fr., art. 2269). Gli scrittori di diritto francese notano che da tale diversità di principî circa il momento della buona fede scaturiscono differenze rilevanti; tra cui precisamente questa, che, mentre all'erede non giova la sua buona fede personale alla prescrizione, giacchè si risale sempre all'acquisto iniziale, giova all'acquisto dei frutti, per cui si guarda a ogni momento di percezione (Laurent, *Principes*, vol. VI, pag. 293 e segg., n. 220-221; Demolombe, *Cours de Code civil*, vol. V, pag. 224-227, n. 611-614; Marcadé, *Explication du Code Nap.*, vol. II, pag. 405, 406, articolo 550, ecc. — *Contra:* Proudhon, *Du domaine*, vol. II, pag. 551). E notisi ancora che il capoverso dell'articolo 703 Cod. civ., che stabilisce la contraria norma della buona

fede iniziale, è precisamente l'art. 2269 Cod. Nap., che sanciva questa regola per la prescrizione nel diritto francese.

Evidentemente il nostro legislatore, come già il legislatore sardo, si lasciò ammaliare dall'idea di un ritorno ai puri principî del diritto romano, poichè le regole che discutiamo hanno un'apparenza molto romana. Laonde, giova assai, tanto come riprova, che le conseguenze dei principî del nostro Codice sono inevitabilmente quelle suespresse, quanto come dimostrazione che quelle conseguenze sono affatto inopportune nella società odierna, giova, dico, risalire al diritto romano. Anche in un rapidissimo esame c'è campo di mettere sott'occhio qual natura singolare e diversa inspirava le istituzioni romane, in guisa da rendere compatibili siffatti principî, e che ribellione tuttavia fu compiuta nella materia dei frutti e delle spese, dove noi conserviamo ancora le norme più viete.

Il possesso di buona fede è uno dei campi in cui più signoreggiano gli adagi tradizionali; e un adagio comune è questo: il possessore di buona fede fa suoi i frutti ed ha diritto all'usucapione. In realtà per l'uno e per l'altro effetto abbiamo un rapporto specifico tanto diverso, da potersi appena dire che nei termini essenziali sia lo stesso istituto.

È ben probabile che in origine il possesso fosse egualmente qualificato così per l'usucapione come per l'acquisto dei frutti. D'altra parte, l'unico limite all'usucapione nell'antico diritto sembra essere stato in origine questo: che la cosa non fosse rubata; onde, forse, spuntò in seguito, come ulteriore sviluppo, la specificazione dei vizî del possesso (violenza, clandestinità, precarietà) e il concetto della *iusta possessio*, come quella che ne è esente. Ma nell'epoca fiorente della giurisprudenza classica le qualità del possesso per l'uno e per l'altro effetto incominciano profondamente a divergere.

Il possesso atto all'usucapione dev'essere acquistato in base ad una giusta causa, integrata, ove faccia d'uopo, dalla buona fede. L'uno e l'altro di questi concetti non corrispon-

dono però esattamente, quanto alla funzione, agli odierni requisiti del giusto titolo e della buona fede, e la *iusta causa* non vi corrisponde nemmeno in quanto alla natura. Ciò accade perchè anche l'usucapione del diritto romano era nel suo concetto genuino un istituto essenzialmente diverso dalla nostra prescrizione acquisitiva; non già la sanatoria d'un acquisto imperfetto del dominio, bensì un modo autonomo d'acquisto mediante il possesso, salvo che all'efficacia del possesso, perchè non degenerasse in uno stimolo e un premio al mal fare, si era posto tal limite che il possesso fosse giustificato da un rapporto significante che altri non era leso, e se nondimeno c'era lesione altrui, questa fosse ignorata dal possessore in quell'atto istesso che il possesso incominciava. Di qui avviene che anche il concetto della buona fede iniziale è tutt'altra cosa che l'odierno: la presa di possesso è il momento decisivo, non già il presunto acquisto del dominio. Soltanto l'esser diventata la tradizione modo generale di trasmissione del dominio nel diritto giustinianeo, fa sì che negli acquisti che avvengono mercè tale atto, cioè nelle ordinarie alienazioni, il momento della presa di possesso si confonda col momento dell'acquisto vero o apparente; il che poi ha contribuito ad alterare nel diritto moderno le idee circa il giusto titolo e la buona fede iniziale.

Ad ogni modo la giusta causa e più ancora la buona fede iniziale erano concetti schiettamente accomodati allo istituto dell'usucapione, e anche a tale istituto quale era costruito nel diritto romano; erano, insomma, limiti naturali all'acquisto mediante il possesso.

Quanto all'altra regola, cioè la successione nel possesso di buona o mala fede del defunto, essa deriva dal concetto romano della successione universale, del quale noi non abbiamo serbato se non un tradizionale fantasma, che non ce ne dà punto l'immagine genuina, e qualche inopportuno residuo. L'erede subiva la buona o la mala fede del defunto, perchè non era un acquirente patrimoniale, ma l'acqui-

rente d'un titolo personale, la qualità di erede (che dovea significare in origine un potere sovrano); in virtù del qual titolo egli non può se non subentrare nella posizione stessa nella quale trovavasi il defunto rispetto al suo patrimonio. Ciò è appunto significato dal succedere in *ius defuncti*. Nè altro che l'*hereditas* chiamano i Romani « *successio in ius* », e da questo succedere *in ius* spiegano come l'erede subisca le conseguenze della buona o mala fede, e anche della furtività della cosa (L. 4, § 15, D. *de ius.*, 41, 3: « *Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet* »; Cfr. anche L. 11, § 1, D. *publ.*, 6, 2). Ma le conseguenze di questo concetto, come la regola fondamentale *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, il diritto singolare di accrescimento, la importanza del nome di erede, ecc., sono così completamente straniere al diritto moderno, e l'eredità è così naturalmente considerata qual modo d'acquisto d'un complesso di beni, che, a ponderare con serio intelletto la cosa, non si può sostenere che il concetto romano perduri. Non si tien vivo certo per questo modesto residuo, che è l'unico reale omaggio ai principî romani, poichè la responsabilità *ultra vires* per i debiti è ridotta ad essere un principio formale più che altro; e molto meno lo tien vivo l'uso di certe frasi tradizionali romane, intese ora come Dio vuole.

Qualunque cosa, ad ogni modo, si voglia pensare di questi concetti, degno di nota e innegabile nel diritto romano è il lungo e consciente sforzo durato nell'età classica dai suoi giureconsulti al fine di rendere la materia dei frutti e delle spese indipendente da quelle regole circa la giusta causa e il momento della buona fede, e indipendente altresì dalla trasmissibilità della buona o mala fede all'erede.

Il giusto titolo, mentre campeggia tanto nell'usucapione, circa l'acquisto dei frutti sparisce. Nelle leggi che trattano di tale acquisto e nel titolo *de rei vindicatione* di giusto

titolo non è mai fatta parola. Di fronte alla ***hereditatis petitio*** esso è persino inconcepibile, perchè il *credersi erede* non può costituire un titolo vero; d'altra parte si parla di *iusta causa existimandi*, che non è se non la causa giustificativa dell'errore e della buona fede, e si conclude che basta qualunque errore, persino l'error di diritto, a costituire all'uopo in buona fede (L. 25, § 6, D. *de her. pet.*, 5, 3); davanti al quale estremo si sono arrestati nell'usucapione anche i fautori del titolo putativo, cioè coloro che assegnavano tutte le parti giustificative alla buona fede.

Si potrebbe, è vero, costruire per l'acquisto dei prodotti un titolo indipendente dal rapporto che giustifica l'acquisto della cosa principale e analogo alle cause originarie dell'acquisto. È ciò che ha fatto Paolo, forse coll'intento di salvare l'usucapione dei parti di schiave possedute in buona fede, ma senza giusto titolo. Secondo questo giureconsulto l'acquisto dei frutti o l'usucapione dei parti, accadrebbe al titolo *pro suo* (L. 2, D. *pro suo*, 4, 10). Se non che ad ogni modo, tale non era la dottrina comune, non era almeno quella di Giuliano e Ulpiano, che estendono, il secondo sulle tracce del primo, la causa dell'ancella madre al parto (Cfr. L. 33, D. *de us.*, 41, 3; L. 11, § 4, D. *de publ.*, 6, 2).

Ma anche la così detta buona fede iniziale subisce una logica evoluzione nella materia dei frutti, per cui diventa non buona fede perpetua, come si usa dire, bensì buona fede iniziale, in un senso conforme all'oggetto.

Già al tempo di Giuliano si cominciava a far questione se la buona fede iniziale fosse sufficiente a giustificare l'acquisto dei frutti, e se ne dubitava persino, quando al momento della semina il possessore fosse ancora in buona fede (L. 25, § 2, D. *de usuris*, 22, 1: *quaeritur*). E se Giuliano è ancora fermo nel principio della buona fede iniziale quale si esige per l'usucapione, i giureconsulti quasi contemporanei o successivi, Pomponio, Paolo, Ulpiano, tanto per i frutti, quanto per le opere degli schiavi, che si assimilano ai frutti, hanno seguìto l'opposta corrente (L. 48, § 1, D. *de*

a. r. d., 41, 1; L. 23, D. *eod.;* L. 25, § 5, D. *de her. pet.*, 5, 2). Si esige la buona fede a ogni singolo momento di percezione: « *magis est ut singula momenta spectemus* » dice Ulpiano.

L'opinione contraria è vinta, e ognuno dei summentovati giureconsulti è consapevole della radicale innovazione. I giureconsulti si sforzano di far intendere, talvolta non troppo felicemente, che l'acquisto dei frutti poggia esclusivamente sulla buona o mala fede del possessore, e non è come l'usucapione una conseguenza giuridica sino ad un certo segno indipendente da essa (Cfr. L. 48, § 1, D. *de a. r. d.*, 41, 1).

Se non che lo stesso Giuliano abbandona la regola della buona fede iniziale, qual'è concepita per l'usucapione, in materia di miglioramenti e di spese. Se il possessore di buona fede edifica in suolo altrui in un tempo in cui già conosce che la cosa non gli appartiene, non può giovarsi della *exceptio doli* contro l'attore (L. 37, D. *de r. v.*, 41, 1).

Se ora ci volgiamo all'altra regola fondamentale circa la successione dell'erede nella buona o mala fede del defunto, ritroviamo che essa, mentre serbasi intatta quanto all'usucapione, circa l'acquisto dei frutti viene ad essere eliminata da sè. Già questa regola, per quanto logica, non era più molto equa nemmeno in diritto romano, perchè l'eredità romana era in sostanza diventata anch'essa nella funzione sua un modo generale d'acquisto dei beni. E per vero, anche nel possesso e nell'usucapione il sorgere e il progressivo sviluppo dell'*accessio possessionis* manifesta la tendenza ad un'assimilazione dell'eredità cogli altri modi d'acquisto, e un'estensione del principio della successione nel possesso entro i limiti nei quali la regola era conforme alla nuova equità. Ma sia come si voglia su codesto punto, circa l'acquisto dei frutti, richiedendosi a ogni singolo momento la buona fede, l'erede non dipendeva più dal defunto. Veramente singolare è però al riguardo una cosa: il principio che la buona fede del defunto non giova all'erede,

come reciprocamente non gli nocerà la mala fede, era già stato pronunciato da Giuliano, poichè noi lo troviamo precisamente nelle *Quaestiones*, che di lui, a quel che sembra, ci ha tramandato Africano (L. 40, D. *de a. r. d.*, 41, 1). Finalmente la totale indipendenza del possesso necessario allo acquisto dei frutti dal possesso *ad usucapionem*, dai vizî della cosa, e dagli impedimenti eventuali all'usucapione, è pronunciata da Paolo, sulle tracce di Pomponio, nella citata L. 48, D. *de a. r. d.*

Concludendo: la buona fede iniziale si può dire forse ancora opportuna circa la prescrizione acquisitiva, per quanto la prescrizione acquisitiva e il giusto titolo non ci rappresentino l'usucapione romana e la sua giusta causa. Non altrettanto si può dire della successione dell'erede nella buona o mala fede del defunto, dato che l'eredità non è un acquisto che abbia oggidì una sostanziale differenza dagli altri. Ma certamente male applicato è l'un principio e l'altro in relazione ai frutti ed alle spese, ove la equità impone di osservare un altro inizio più confacente all'oggetto, o per lo meno di rendere anche senza questo il possesso dell'erede indipendente da quello del defunto.

E poichè non ostante la natura dei suoi istituti, al risultato più equo in materia di frutti e di spese era già pervenuto il diritto romano, attraverso le lunghe controversie dei suoi giureconsulti, che in parte lavoravano sulla base di espresse disposizioni legislative in proposito, come quella del senato-consulto di Adriano, in parte s'inspiravano ai principî di equità ond'erano sino ad un certo segno liberi interpreti, il nostro legislatore ebbe torto di non tener conto del significato di questa evoluzione. In apparenza più fedele del legislatore francese ai principî romani, non avvertiva il nostro che radicale distacco s'era operàto nel diritto romano stesso tra i requisiti del possesso di buona fede in rapporto all'usucapione, ed in rapporto all'acquisto dei frutti ed ai miglioramenti recati alla cosa.

Postilla. — Anche nell'ultimo ventennio la giurisprudenza ha mostrato qualche oscillazione. Si è deciso che l'art. 702 non si applica per l'acquisto dei frutti, cioè non basta l'esistenza iniziale della buona fede (Cass. Torino, 22 aprile 1899, *Giur. ital.*, 1899, 841; Cass. Torino, 22 novembre 1901, *Foro ital.*, 1902, I, 109), che il *ius retentionis* compete al possessore di buona fede, benchè fosse di mala fede il suo autore, a differenza di quel che avviene nella prescrizione decennale, anzi, benchè questa sia stata respinta (Cass. Palermo, 7 dicembre 1897, *Foro sicil.*, 1898, pag. 67).

Altre sentenze tuttavia decidono rettamente che anche nell'acquisto dei frutti la mala fede dell'autore nuoce all'erede (Cass. Roma, 20 luglio 1897, *Corte supr.* 1897, 129; Cass. Roma, 15 marzo 1904, *Foro ital.*, 1904, I, 792). E contro il Pacifici-Mazzoni si è pronunciato nel nostro senso il Venzi nelle sue dotte e sagaci note alle *Istituzioni*, III, 1, pag. 42; 98, 106-107 en. s.).

Io non nego che il senso dell'equità può far sempre recalcitrare ai principî. D'altra parte nell'argomentazione giuridica stessa possono sorgere dubbî gravi, non sollevati nè dalla dottrina nè dalla giurisprudenza. Il concetto odierno dell'eredità non è più il concetto romano. Le conseguenze romane della *successio* o della *successio in universum ius* (come ci impone di dire il linguaggio bizantino, contro la lingua dei giureconsulti e contro l'uso popolare la nostra lingua) non hanno vigore, se non in quanto si deducono da positive statuizioni del nostro legislatore. Anche il succedere nei debiti *ultra vires* non deriva per noi, come pei Romani, dal concetto organico dell'eredità, bensì dalla volontà del legislatore, che ha inteso il patrimonio ereditario come una *universitas* (di nuovo secondo il pensiero di Giustiniano) in cui si comprende egualmente attivo e passivo, e che in tutte le sue disposizioni generali e particolari presuppone che l'erede sia normalmente responsabile oltre la misura dell'attivo ereditario. Ed anche il succedere nella buona fede

è un precetto che se rispondeva nel diritto romano al concetto organico dell'eredità, non potrebbe adottarsi nel nostro Codice senza una specifica disposizione positiva. Ma tale disposizione positiva è veramente enunciata nell'art. 693 Codice civile? Questo articolo stabilisce che « il possesso continua di diritto nella persona del successore a titolo universale ».

Ora questa dichiarazione, si potrebbe sostenere, non è che il principio stesso espresso nell'art. 925 in tema di successione, che « il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione ». Sarebbe dunque, a questa stregua, il passaggio di diritto del possesso che il legislatore ha voluto sancire così nell'art. 693, come nell'art. 925, e perciò adopera anche le stesse parole: notiamo che la continuazione sembra implicare appunto quello stesso concetto che il legislatore ha voluto significare nell'art. 925, cioè il passaggio immediato senza che vi sia bisogno di materiale apprensione.

Ma questo passaggio immediato senza bisogno di materiale apprensione (qui sta il punto) non si riferisce al possesso di buona fede, bensì al possesso puro e semplice. Lo dimostra il diritto romano. Nel diritto romano è il possesso di buona fede che passa di diritto nella persona dell'erede, il quale continua l'usucapione iniziata dal defunto. Caratteristica è, tra le tante, la L. 30 pr., 4, 6: Paulus, *libro duodecimo ad edictum*: « Cum miles qui usucapiebat decesserit et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia *possessio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem* et plerumque nondum hereditate adita completur ». Ma precisamente invece non passa all'erede il possesso puro e semplice: l'erede ha bisogno della materiale apprensione. Degna di far riscontro alla legge precedente è la L. 23 pr., D. *de acq. vel. am. poss.*, 41, 2: Iavolenus, *libro primo epistularum*: « Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia

quidem iura ad nos transeunt, *possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet* ».

Le due cose sono quindi profondamente diverse; la *successio in ius*, che significa la continuazione dei *rapporti giuridici* come erano in testa al defunto, implica necessariamente il passaggio del possesso di buona fede. Ma precisamente la stessa *successio in ius* pei Romani esclude il trapasso in tutti i *rapporti di mero fatto*, cioè in quelli che esigono un'attività ed una volontà continuativa della persona. Gli è perciò che presso i Romani in tutti i rapporti in cui è ammesso il diritto di revoca o di rinuncia, il quale dimostra che la volontà del subbietto non è vincolata, e per aversi obbligazione si deve presumere che duri la volontà, gli eredi non subentrano; simili rapporti cessano per morte, come cessano, salvo statuizioni eccezionali, per la follìa del soggetto [v. *Scritti giuridici varî*, vol. I, pag. 165-166]. Alcuni di questi principî, come l'estinzione del mandato per morte, l'estinzione del rapporto di società, vivono ancora nel nostro diritto come statuizioni eccezionali e dispositive, non organiche e imperative. Ma data questa posizione delle cose, il nostro legislatore, coi due articoli enunciati, ha voluto veramente sancire la continuazione del possesso di *buona fede*?

La logica del nostro sistema successorio ha rovesciato la posizione dell'eredità romana. L'erede, di regola, succede anche nei rapporti che suppongono una volontà continuativa, quindi anche nel possesso; ma è illogico che in ordine ai rapporti giuridici egli subentri nei vizî subbiettivi del suo autore, che sia trattato in guisa diversa da ogni altro acquirente.

L'esegesi testuale sembra confortare la logica astratta, perchè l'art. 925 evidentemente è stato foggiato per sancire la successione nella *possessio* pura e semplice, nel cosiddetto possesso giuridico, successione che il diritto romano non riconosceva. Il testo di quell'articolo sembra ricalcare in senso contrario le stesse parole della legge di Giavoleno, che abbiamo voluto a bella posta riprodurre: l'inciso:

« passa... senza bisogno di *materiale apprensione* » è l'antitesi del « *non* transit... *nisi* naturaliter comprehensa ». Ciò posto, si potrebbe concludere: è il possesso puro e semplice che trapassa, ma non il possesso colle sue qualifiche, non, insomma, la buona fede.

Tuttavia mi sembra che questo ragionamento, se si può fare per l'art. 925, non si può senza sforzo applicare allo art. 693, per restringerne la portata. Questo secondo articolo è collocato nella materia del possesso: si deve riferire adunque alle varie figure di possesso.

L'antitesi tra il possessore a titolo universale e il successore a titolo particolare manifesta che esso concerne tutti gli effetti del possesso (*per invocarne e goderne gli effetti!*). Non è possibile adunque sottrarsi alle conseguenze logiche dei principî. Che queste conseguenze poi rappresentino il vero pensiero del legislatore lo mostrano, come abbiamo rilevato nella nota apposta alla sentenza della Cassazione di Firenze, i precedenti storici della nostra legge e in particolare la divergenza dal Codice Napoleone, che sanciva la buona fede perpetua in materia di frutti.

XIV.

Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza (*).

Sommario.

1. Il criterio supremo d'interpretazione. — 2. Il problema dei rapporti di vicinanza e le due teorie fondamentali. — 3. La teoria degli atti di emulazione nella società medioevale. Sua giustificazione economica. — 4. Suo fondamento giuridico. — 5. La teoria dell'uso normale e l'êra della grande industria. — 6. Esame dommatico della teoria dell'uso normale nella formulazione primitiva e nella formulazione del Ihering. — 7. Critica esegetica. — 8. Critica delle teorie secondarie. — 9. Il nostro punto di partenza: i confini del proprio diritto e i modi d'invasione della sfera di diritto altrui. — 10. Valutazione sociale dell'*immittere* e del *facere* nel fondo altrui. — 11. Criterio regolatore della liceità dell'*immittere* e del *facere* nel fondo altrui: il *bisogno assoluto e generale del popolo*. — 12. Il danno e l'azione pel risarcimento nel tema dei rapporti di vicinanza. — 13. Esame generale della giurisprudenza. — 14. Le responsabilità senza colpa nel diritto romano. *Cautio damni infecti*.

1. I problemi più generali della dommatica giuridica seguono nelle loro soluzioni le correnti di pensiero, i bisogni, la coscienza sociale dell'epoca. Di età in età le risposte alle questioni più vive e pratiche sogliono esser talvolta, almeno nelle apparenze, in un contrasto così reciso tra loro come le risposte che i varî sistemi filosofici succedentisi dànno alle questioni che si agitano nei dominî della pura speculazione. E tuttavia ciò non significa, o almeno non significa sempre, che l'una o l'altra di due formule opposte debba esser necessariamente illogica e antigiuridica: possono esser entrambe vere e giuste o almeno contenere quel tanto di verità che, nell'epoca in cui esercitano il loro impero, mena a un risultato giusto. Quando si tratta di fissare un supremo

(*) *Rivista di diritto civile*, vol. III (1911), pag. 517-561.

principio regolatore in assenza di testi espressi, quando insomma il còmpito è di dar norma ad una serie di rapporti, il cui carattere giuridico non è dubbio, in quanto essi intervengono nell'orbita di un istituto giuridico, ma di cui non è punto sancita la disciplina, se il mezzo sempre mal sicuro dell'analogia non ci può servire di guida (e ciò avviene assai spesso), allora l'*ultima ratio* dell'interprete è il ricorso alla funzione dell'istituto, alle finalità del diritto.

Ma la funzione etica, economica, sociale di un istituto può, rimanendo pure inalterata o quasi la sua struttura, modificarsi, restringersi, espandersi o estenuarsi, può l'istituto intrecciarsi variamente con altri per la reazione di nuove forze sociali. Di qui segue che l'interpretazione dei rapporti dubbî o nuovi può esser diversa da tempo a tempo e anche, aggiungiamo, da luogo a luogo; è per questo motivo, infatti, che una stessa legislazione, com'è stato più volte osservato, trasportata in un altro ambiente può dar luogo ad interpretazioni diverse e produrre diversi risultati: interpretazioni e risultanze tutte per avventura pur sempre logiche e legittime.

Questo criterio supremo, inspirato alle funzioni reali del diritto e più instintivamente che riflessivamente seguìto dagli interpreti, sembra avere la sua propria espressione in quello che si suol designare coi termini « spirito del diritto o spirito di un dato istituto ». Tuttavia non è nel senso indicato sopra da noi che si fa ricorso comunemente a queste espressioni: ed è bene su tale punto chiarire il nostro pensiero e non rimanere tra cielo e terra. Siffatte notissime designazioni ricorrono e sembrano a loro posto allorchè precisamente la ragione del decidere si desume dall'organismo del diritto nella sua struttura, cioè seguendo il metodo dell'analogia; il quale metodo logicamente, finchè il diritto rimane immutato, non può dettare in ogni epoca e in ogni luogo, in cui abbia vigore quella legislazione, che una sola risposta. Ma noi parliamo di rapporti in cui anche le leggi dell'analogia ci lasciano al buio, di rapporti in cui parrebbe doversi legittimamente esercitare quell'attività crea-

trice della giurisprudenza, che alcuni invocano in sostituzione della stessa analogia: ora in questi rapporti la ragione del decidere si deve pur sempre desumere, a nostro avviso, dall'organismo del diritto (poichè noi non siamo fautori della libera creazione del diritto per opera della giurisprudenza, o piuttosto crediamo che nel nostro ordinamento statuale sia un fuor d'opera parlarne), ma nelle sue funzioni, nei bisogni cui soddisfano i singoli istituti; si vuol desumere, per così esprimermi, dalla posizione ed eventualmente dalla reazione della società di fronte al diritto: e allora veramente la risposta può esser d'epoca in epoca diversa, perchè, pur rimanendo il diritto inalterato, possono alterarsi profondamente le funzioni sociali cui serve. La terminologia « spirito del diritto » si può forse accogliere, ma purchè si tenga presente che trattasi di una applicazione ben diversa.

Come criterio supremo di interpretazione questo ricorso alle finalità del diritto può essere invocato (e il giureconsulto per vero non lo dimentica mai, anzi spesso in forme varie — il risultato più utile, la soluzione più pratica, ecc. — lo pone in prima linea) anche nelle applicazioni della legge ai rapporti espressamente disciplinati dal legislatore, quando gli elementi ordinari dell'interpretazione non ci illuminano abbastanza, e specialmente se la lettera della legge ci trascina per avventura ad una soluzione irragionevole. L'idolatria della lettera e della forma non è, come si stima, propria del giureconsulto, o non è propria, almeno, della giurisprudenza veramente scientifica e in possesso di mezzi tecnici elaborati ed elevati. La necessità di coordinare un sistema legislativo, e di adattarlo alle emergenze di una vita sempre più ricca e varia, fa che il giureconsulto acquisti spontaneamente un intuito della natura organica del diritto e delle sue funzioni, per cui quel feticismo della forma gli diventa col tempo assolutamente ripugnante e straniero.

Sono generalmente non giuristi o pseudo-giuristi coloro che credono di poter interpretare un testo di legge iso-

iandolo non solo da tutto il sistema legislativo, ma da tutto l'ordinamento della vita e dei rapporti reali: esegesi, di cui qualche campione deplorevole ci può essere offerto dalle decisioni di autorevoli corpi, digiuni di senso giuridico, nell'applicazione di alcune odierne leggi che si potrebbero giudicare mal redatte, benchè, a mio avviso, senza buon fondamento (1).

Ma il campo ove il nostro criterio esercita principalmente il suo impero, il campo nel quale secondo il volgere dei tempi esso può suggerire norme fondamentali diverse, è quello delle così dette « teorie generali del diritto ». In

(1) Una legge che regolava la nomina dei professori universitari e imponeva il concorso per lo scopo di reagire all'arbitrio ministeriale, è stata interpretata dal Consiglio di Stato come se avesse abolito l'istituto più antico, tradizionale e benefico della vita universitaria in ogni paese, l'istituto generale a ogni funzionario, il trasferimento del professore universitario già nominato. La stravagante interpretazione del Consiglio di Stato produsse uno sconquasso nella vita universitaria e, quel ch'è peggio, costrinse a legiferare; il che, dato il triste momento, portò a disciplinare in una maniera malefica e illiberale il passaggio da cattedra a cattedra di diversa materia. Un'altra legge che, nell'ipotesi di concorso a una data Università, sanciva la possibilità di nominare il secondo e il terzo ad un'altra Università (d'ordinario più ambita), fu interpretata come se non potesse esservi nominato il primo riuscito, ma solo il secondo e il terzo. In realtà non saprei che cosa giovino il controllo della Corte dei Conti e l'azione del Consiglio di Stato, quando debbono esplicarsi in questi scherzi di pessimo gusto.

Parrebbe che le ripugnanti decisioni cui ci riferiamo potessero invocare a loro giustificazione precisamente l'adagio romano: « sed ita lex scripta est ». In realtà un argomento simile mi è stato opposto, quando mi è capitato di esternare la mia meraviglia per simili interpretazioni della legge: ma è il caso di rispondere: *non oportet ius civile calumniari*. Quel motto è pronunciato dal giureconsulto romano come commento ad un precetto *perquam durum*; ma nessun giureconsulto romano ha mai tollerato e nessuno che meriti il nome di giureconsulto deve mai tollerare interpretazioni regolanti i rapporti in modo inverso a quello che il legislatore realmente vuole e il buon senso suggerisce. Si può inchinarsi ad un legislatore crudele, anche ingiusto di fronte alla nostra coscienza, ma non si deve *a priori* supporre un legislatore dissennato.

questo campo pertanto è necessario che il criterio d'interpretazione, desunto dalla funzione degli istituti giuridici, venga applicato con rigore scientifico.

2. Il problema dei rapporti di vicinanza è di quelli appunto che non possono esser risoluti nè con la pura esegesi degli articoli del Codice (benchè nelle leggi romane, per la formazione particolare del *Corpus iuris*, l'esegesi aiuti molto), nè con le leggi dell'analogia. E precisamente esso ci offre quei fenomeni che abbiamo enunciato sopra. Le teorie fondamentali, più che contrastarsi il campo, si succedono nel tempo, e, quel che più importa, ciascuna è conforme ai bisogni e allo spirito dell'epoca sua. Esse si possono ridurre alle due seguenti: la teoria del divieto degli atti di emulazione e la teoria dell'uso normale della cosa propria. Le teorie secondarie di fronte a queste due, le quali hanno trovato accesso, anche cumulativamente, nei sistemi legislativi, non sono che filiazioni o modificazioni dell'una e dell'altra: da esse per ora prescindiamo. Ora le due teorie trionfali corrispondono effettivamente a due diverse fasi della storia economica e sociale così nell'evo antico, come nell'evo moderno: e per vero nel secolo XIX il problema dei rapporti di vicinanza, abbandonando la via tracciata da Giustiniano, è tornato a porsi precisamente in quei termini in cui lo ponevano i giureconsulti romani.

3. Nell'êra dell'economia domestica o signorile e dell'artigianato, la teoria degli atti di emulazione ha reso, con tutte le sue aberrazioni, eminenti servigi. L'antica economia non esigeva un uso straordinario della cosa propria, non imponeva un agglomeramento poderoso di uomini e di macchine in uno stesso locale, perchè non mirava a una produzione straordinaria. Anche le molestie dell'esercizio dell'artigianato non erano superiori a quelle dell'economia domestica e signorile. La ferrea disciplina delle maestranze non consentiva ai singoli maestri che un numero limitato

di operai e regolava la produzione, i prezzi, le mercedi, mirando ad evitare che un maestro si elevasse al di sopra degli altri, a eliminare la concorrenza: i maestri gareggiavano tra di loro nella qualità, non già nel basso prezzo e nella quantità. Un simile ordinamento non eccitava gli intelletti a sostituire la *macchina* che fa l'opera dell'uomo, anzi l'opera di molti uomini, all'utensile che aiuta l'opera dell'uomo, ed evitava in modo assoluto il sorgere di grandiosi impianti. D'altra parte il regime stesso delle corporazioni agglomerava i mestieri uniformi in contrade e quartieri proprî, di guisa che la reciproca tolleranza s'imponeva, senza sforzo e senza coazione, quasi per effetto di una legge naturale, come una *reciproca necessità*. Certo anche in questo regime spuntò, specialmente ne' bei tempi in Italia, la figura del grande industriale, che tiene le fila di una vasta organizzazione; ma questi non è altro che il gran commerciante, il quale ha il suo mercato all'estero e distribuisce le sue commissioni tra la serie degli artigiani. Se questo intervento altera in sostanza i fini e lo spirito del regime corporativo, ad ogni modo esso ne subisce i vincoli e non genera la *fabbrica*, altra caratteristica della grande industria moderna; gli artigiani, messi in forma larvata al servigio del grande imprenditore a Milano, a Lucca, a Firenze, sono tuttavia sparsi nei loro quartieri e financo nelle campagne, mentre i direttori e gli agenti in continuo moto per vigilare e coordinare sono gli organi più silenziosi di questa imponente, ma nascosta e, per così dire, fluida organizzazione.

In questo regime l'*uso straordinario* non era pertanto la conseguenza di una *necessità economica*, bensì di un'ostilità deliberata, voluta, non solo senza utile proprio, ma talora con proprio sacrificio. Il Medio Evo, poi, l'êra classica della dottrina, è altresì l'êra dei più fieri contrasti sociali « tra quei che un muro ed una fossa serra », di fronte a cui le nostre lotte di classe sono pacifici tornei; un'êra di gare piccole e grandi, di odî e di livori tra vicini nascenti da

infinite cause e perpetuantisi di generazione in generazione con la forza di quel sentimento, che strazia e induce a piangere anche il pio Dante per la violenta morte del suo congiunto non ancora vendicata dai consorti nell'onta. Giammai nella storia dell'umanità lo spirito di emulazione agitò così fieramente gli animi e suscitò con pari energia opere così grandi e imperiture, e beghe così atroci e meschine. Spuntò allora la teoria degli atti di emulazione come lo strumento più adatto a reprimere ne' rapporti tra vicini ciò che in quelle condizioni economiche non poteva essere se non l'espressione del puro dispetto, e ciò che in quelle condizioni sociali era cosa, più che frequente, normale. Le massime che il pio imperatore aveva probabilmente interpolate (per lo meno alterandone il significato originario con un rilievo eccessivo) nei frammenti dei giureconsulti: *neque malitiis indulgendum est, si non animo nocendi id fecit*, ecc., fornirono i materiali per la costruzione di un edificio di puro stile cristiano.

4. La teoria degli atti di emulazione ha il difetto di insinuare momenti etici e psicologici in un campo come quello dei rapporti di vicinanza, in cui il diritto romano, nonostante i pericolosi richiami a vaghe motivazioni classiche o alle regole interpolate da Giustiniano nella materia speciale delle acque, si può dire con sicurezza che non li assumeva; nè è opportuno che il diritto di nessun paese liberale, ben ordinato, senza violenti contrasti interni, li assuma. Ma se i testi cui si appoggiano i giureconsulti medioevali e lo spirito genuino del diritto romano nella società romana ignorano una siffatta dottrina, le considerazioni svolte innanzi sulle condizioni della società medievale ci permettono per lo meno di istituire l'indagine se i creatori di essa, oltre che dello spirito che animava le singole riforme giustinianee, non fossero per avventura tratti alle loro illazioni da una logica più irresistibile che non quella dei testi: la logica delle cose.

Ora a me sembra anzitutto che anche da un punto di vista generale, e astraendo da quelle condizioni specifiche della società medioevale, la teoria del divieto degli atti di emulazione abbia, per così esprimermi, un'ispirazione logica più seria che non la formula dell'uso normale: e ciò spiega la sua persistente vitalità anche al giorno d'oggi. Quando si tratta di fissare un principio supremo regolatore in assenza di testo espresso, il ricorso ai principî etici si può giustificare come il ricorso alle supreme finalità del diritto: e ciò pur prescindendo dal carattere positivo e imperativo che i precetti, i quali sono a base del divieto degli atti di emulazione, assumevano nel mondo medioevale per l'influenza della dottrina cristiana e la potenza della Chiesa. Ma la giustificazione può sembrare anche più legittima, se si guarda a quello ch'è, in ultima analisi, il fondamento della celebre teoria e l'indice empirico della sua sfera di applicazione. Invero l'atto *ad aemulationem* si definisce concettualmente dai giureconsulti medioevali e si riconosce praticamente in ogni tempo in base all'utile o non utile proprio con cui si compie l'atto lesivo dell'interesse altrui. Ora l'esercizio o il risultato utile sono, abbiamo visto, formule pratiche le quali ci rappresentano quella tendenza inconsapevole di riguardare come criterio supremo la funzione dell'istituto. Nel campo stesso della proprietà è la funzione economica di questo fondamentale diritto che ci permette di fissarne il limite in una sfera analoga ai rapporti di vicinanza, cioè nello spazio aereo e nel sottosuolo, e di eliminare l'assurdità teorica dell'*usque ad sidera* e *usque ad inferos*: una galleria scavata ai piedi della montagna non rappresenta una violazione del dominio di colui che possiede un fondo alla sommità, nè questo proprietario ha diritto ai metalli e agli oggetti che per avventura vengono alla luce negli scavi, in quanto è per lo meno economicamente un assurdo che egli, *partendo dal suo fondo*, pervenga a sfruttarne le viscere ad una profondità di mille metri. La soluzione sarebbe diversa pel rapporto di sovra-

nità, data la diversa funzione del rapporto politico. Lo Stato, per ragioni politiche di difesa, e in forza del suo diritto sovrano, potrebbe proibire la navigazione aerea degli stranieri, a qualunque altezza essi si tengano, e anche al di sopra del mare proprio, il quale, se non è suscettibile di proprietà, è tuttavia suscettibile di sovranità, come potrebbe proibire l'escavazione di gallerie a qualunque profondità: ma il privato non ha un simile diritto, finchè non si viene a ledere gli interessi del suo esercizio o delle sue colture. La proprietà romana poi, la quale serba ancora i tratti fondamentali della sua origine sovrana, ci offre l'esempio bellissimo di un rapporto, in cui lo spirito nuovo costringe ad un'interpretazione che non sarebbe quella conforme agli originari e supremi elementi di struttura.

A chi rifletta, peraltro, vien fatto di scorgere il tarlo di questa argomentazione applicata alla teoria medioevale: i confini della proprietà nello spazio aereo e nel sottosuolo non ci son dati dalla legge; poichè anche nel nostro diritto è assurdo che il disopra e il disotto del nostro fondo (Codice civile, art. 440) significhino *usque ad sidera* e *usque ad inferos*. Noi dobbiamo dunque fissarli a lume di logica, e l'utile del titolare, cioè la finalità dell'istituto, può ben essere in ultima istanza la guida logica del ragionamento. Ma i confini della proprietà alla superficie sono netti e chiari: e come mai, con qual logica un diritto nettamente definito si può restringerlo, per puro arbitrio dell'interprete, nei limiti dell'utile con cui il titolare lo esercita? Ecco lo scoglio contro cui va a cozzare la teoria degli atti di emulazione.

Questa obbiezione, decisiva da un punto di vista generale, non è tale se ci collochiamo nel mondo medioevale, in cui spuntò la teoria. Noi ne abbiamo già svolto le ragioni. Quella società era tale che un freno all'emulazione — la quale, d'altra parte, come dicemmo, era l'unica spinta a fare un uso eccessivo della cosa propria, ed una spinta antieconomica — s'imponeva; e se all'esercizio dei diritti non si può stabilire come limite (senza testo espresso)

l'intenzione di nuocere o il niun utile proprio, ben si può stabilire invece la *necessità della coesistenza sociale*. La *necessità* è il confine di qualunque diritto: un'invasione entro la mia sfera giuridica, la quale sia un prodotto della necessità, non mi può offendere più di quella che è un prodotto delle forze naturali. Certo così nel diritto privato come nel diritto pubblico (1) è facile aberrare una volta che si entri in questa via: ma non si può negare che le condizioni di una società da un pezzo tramontata possono per lo meno render dubbio se nelle sue basi la teoria degli atti di emulazione fosse per quell'epoca aberrante.

5. La grande industria moderna (sôrta in Inghilterra sulla fine del secolo XVIII, ma penetrata via via sul continente solo a datare dal secolo XIX) col regime della fabbrica, con l'impiego delle macchine e del vapore, ha alterato i termini del problema: si tratta oramai di reagire contro le straordinarie, ma non condannabili aspirazioni della economia moderna. Le genuine decisioni dei giureconsulti romani fornirono il punto di partenza di nuove indagini: una legge specialmente (L. 8, §§ 5-6, D., 8, 5) — ove si discutono largamente tra varî giureconsulti applicazioni delicate della *immissio* e si decide che è possibile immissione di fumo o di vapore non altrimenti che di acqua, onde non si è tenuti a sopportare siffatte immissioni senza servitù, ma si distingue se trattasi di una fabbrica di formaggi, di un bagno, ovvero di fumo del proprio focolare — parve offrire la soluzione cercata.

Così spuntò la teoria dell'*uso normale* della cosa propria in uno dei primi territorî della grande industria sul continente e quello in cui vigeva ancora il diritto comune. Questa

---

(1) [Quando scrivevamo queste parole eravamo ben lungi dal prevedere che l'aprirsi della guerra mondiale avrebbe offerto una riprova così dolorosa di questo ricorso estremo e della tremenda facilità di abusarne].

teoria si ricollega, o almeno si ricollegava nella sua prima forma, più strettamente all'*immissio* che non la teoria degli atti di emulazione, e intese stabilire una linea di confine tra le immissioni lecite e quelle illecite, conciliando così gl'interessi in conflitto e le controversie circa il rigore della immissione, che si erano suscitate nella pratica. Dobbiamo considerare infatti che se la *communis opinio* era nel senso che il proprietario non potesse far nulla *in suo* (cioè dentro i confini del suo fondo) che avesse per effetto, sia pure indirettamente, una immissione nel fondo vicino, di fronte a questa era sôrta un'opinione, la quale, avendo l'occhio piuttosto alla posizione del proprietario agente e interpretando in un modo rigido o, per dir meglio, unilaterale il principio *qui suo iure utitur neminem laedit*, riconosceva bensì che era vietato gittare o versare direttamente sostanze nel fondo vicino, ma riteneva che l'immissione non si potesse mai reprimere quando era la conseguenza di un'attività che alcuno esercitava nel proprio fondo, cioè che fossero lecite pienamente le così dette immissioni *indirette*.

La teoria dell'uso normale conciliava i due opposti punti di vista: sono *vietate* (oltre le immissioni dirette) anche *quelle indirette immissioni, che derivano da un uso straordinario, eccedente i bisogni e la cerchia della vita comune, sono lecite quelle che derivano dai bisogni della vita quotidiana.* Il vicino deve tollerare il fumo che è prodotto dalla vita comune, cioè deriva dai bisogni del riscaldamento e della cucina, non è tenuto a sopportare il fumo prodotto da speciali apparecchi adibiti ad un uso straordinario, come l'affumicazione di formaggi e il riscaldamento di bagni. Similmente si deve tollerare la polvere prodotta dalla pulizia della casa, dallo sbattere dei materassi e degli abiti, ma non quella generata da uno stabilimento destinato alla pulitura dei grani. Era lo spettacolo della grande industria, che aveva, com'è chiaro, dato questo nuovo indirizzo al pensiero, e una delle formule in cui veniva espresso il concetto in Germania era ancor più schiettamente ispirata al pensiero di

porre un freno alla prepotenza della fabbrica: sono lecite le immissioni derivanti da operazioni compiute *a mano*, vietate quelle procedenti da operazioni compiute *con impiego di macchine* o apparecchi artificiali. Formula, che ha pur essa un addentellato nelle fonti romane (L. 8, § 6, D., 8,3), ma è assai meno elastica e pratica dell'ordinaria.

Ma la teoria della immissione per usi normali o straordinari si rilevò insufficiente di fronte agli stessi mali della grande industria. Gli scotimenti, i tremolìi, il crollo per la ripercussione dell'attività esercitata sul fondo vicino non possono essere compresi nel concetto della immissione. Inoltre questo concetto era inteso così grettamente che se ne escludevano non solo gli schiamazzi o i rumori, ma anche gli odori ammorbanti, benchè qui la fisica stessa riconosca il diffondersi di sostanze corporali, sia pure invisibili, anzi non sempre invisibili. Finalmente nella vita sociale sono piuttosto frequenti le molestie che si derivano anche al senso della vista, e parve grave che anche a questo non si porgesse rimedio. A tutte queste esigenze corrispose la teoria svolta dal Ihering, il quale, assumendo il criterio dell'uso normale, gli diede una base molto più larga.

La teoria dell'uso normale pertanto non è creazione del Ihering; nella dottrina e nella prassi del diritto comune in Germania essa dominava prima di lui (1). Il Ihering la illustrò in un brillante articolo (2) e insieme le diede quell'ampiezza maggiore che la rendeva più consona alle esigenze dei tempi. La teoria del Ihering si può riassumere nei termini seguenti: il puro e semplice divieto della *immissio*, il principio *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*, è un concetto troppo gretto: si possono recare molestie gravis-

---

(1) Cfr. Werenberg, *Jahrbücher für die Dogm. des Rechts*, vol. VI, 1863, e gli autori e le sentenze citati a pag. 59-60, note 38 e 39; vedi sopratutto Spangenberg, in *Arch. für die civ. Praxis*, vol. IX, 1826, pag. 263 e segg.

(2) *Jahrb. für die Dogm. des Rechts*, vol. VI, 1863, pag. 81 e segg.; in *Gesammelte Aufsätze*, Jena 1882, pag. 22 e segg.

sime ai vicini senza immettere la menoma sostanza nel fondo vicino. Il divieto deve concernere ogni *influenza* (*Eingriff*) che si eserciti sul fondo vicino, sia diretta, sia indiretta; con questo, peraltro, che le influenze dirette, cioè quelle che iniziano direttamente i loro effetti sul fondo vicino, debbono essere assolutamente vietate, come si era d'accordo che dovessero esser vietate tutte le immissioni dirette; mentre le *influenze indirette, cioè quelle che iniziano i loro effetti sul fondo dell'agente, ma li proseguono nel fondo vicino, debbono esser vietate solo quando siano nocive alla cosa o moleste alla persona oltre l'ordinaria misura del tollerabile.*

6. La teoria dell'uso normale trae pur essa la sua ispirazione dalle fonti romane e si avvicina al pensiero genuino dei Romani più che non quella degli atti di emulazione; si può dire che se la teoria degli atti di emulazione sorge sulla base delle interpolazioni giustinianee, quella dell'uso normale sembra dettata dai frammenti del diritto classico. Nondimeno questa corrispondenza è, in parte almeno, apparente, e il limite dell'uso normale è bensì un pensiero abbastanza pratico, ma arbitrario e non giustificato; e inoltre se l'originario punto di partenza, la *immissio*, peccava per difetto, la formula del Ihering, che sostituisce l'influenza all'immissione, pecca per eccesso, e può condurre in alcune applicazioni a risultati altrettanto aberranti, quanto istruttivi per chi ne senta il mònito.

Esaminiamo il valore teorico di questa dottrina. Essa prescinde da qualunque dimostrazione logica. Non ricorre, come la teoria degli atti di emulazione, ai principî generali, e si può dire che dal punto di vista dei principî essa si giustifica meno che non la teoria degli atti di emulazione. Il Ihering, che le ha dato il più largo svolgimento, avrebbe potuto fare il tentativo di una dimostrazione logica; ma egli aveva il partito preso di reagire contro la giurisprudenza concettuale e dar rilievo ai criterî pratici. Noi per altro potremmo ben domandare con qual logica si restringa

l'esercizio utile del mio diritto ad una misura media, che può impedire lo sfruttamento più naturale della cosa, o viceversa con qual fondamento s'imponga ad un proprietario la tolleranza di ripercussioni per lui moleste, pel motivo che non sono tali per la comune degli uomini e che la misura di sensibilità e di tolleranza da tener presente è quella media e normale.

Nella formula del Ihering, poi, che abbandona il terreno della immissione, si può inoltre chiedere quale influenza resti esclusa dal dibattito, purchè possa riuscire, secondo i casi, nociva alla cosa o eccessivamente molesta alle persone. Ogni alterazione del fondo vicino, ogni diminuzione di valore economico, che il vicino subisca per effetto di opere non perfettamente consuetudinarie fatte nel mio fondo, può attribuire ad esso il diritto di chiedere la sospensione delle opere o quanto meno il risarcimento del danno. A un certo punto il senso giuridico messo a qualche duro cimento e l'intuito pratico suggeriscono di arrestarsi, ma le soluzioni errate ed i ragionamenti fallaci, che rivelano l'inconsistenza del principio, non difettano nei seguaci del Ihering e nel Ihering stesso.

Il tagliar le vene alla sorgente del vicino (l'esempio classico delle fonti) è, si dice, atto normale, che non si può reprimere, nè dà diritto a risarcimento di danni. Perchè? Evidentemente quest'atto si dice di uso normale, perchè la tradizione detta la risposta, che è prettamente logica, al quesito giuridico: le fonti decidono infatti espressamente e ripetutamente questo caso (L. 24, D., 39, 2; L. 1, § 12; L. 21, D., 39, 3). Ma forse è difficile trovare un uso più anormale della cosa propria, almeno quando ciò non si faccia per assicurarsi tutto il beneficio dell'acqua, ma solo per assenza di precauzione nel far opera sul proprio o per dolo. Inquinare la sorgente del vicino nell'esercizio di un'industria è, si dice, uso anormale e si deve impedire. Nessun dubbio che si debba impedire: ma il parlar di anormalità nell'esercizio di un'attività utile a sè e alla nazione è tanto poco

ragionevole quanto il dichiarare nel primo caso la normalità di una malefica operazione: gli è invece che nel primo caso non vi ha immissione, nel secondo vi ha immissione di sostanze venefiche nel mio fondo, quindi invasione della sfera giuridica altrui (1). È questo il motivo giuridico, che il Ihering non iscorge, per cui nel primo caso non vi ha *damnum* nel vero senso, cioè danno giuridico. nel secondo invece sì.

Che le cose stiano in questi termini lo mostra una considerazione molto semplice: il proprietario della fabbrica potrebbe benissimo inquinare e avvelenare la sorgente, a patto che, dopo aver resa l'acqua non potabile, facesse in modo che essa non pervenisse più nel fondo vicino.

Il secondo caso del Ihering è precisamente risoluto dai Romani in un testo molto tormentato persino dal punto di vista diplomatico, mentre è correttissimo, la L. 3 pr., D., 39,3: « Ulpianus, *libro quinquagensimo tertio ad edictum*: Apud Trebatium relatum est eum, in cuius fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluviae arcendae actione. si tamen aquam conrivat vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit ».

Un tale aveva stabilito una tintoria presso una sorgente, e da questa tintoria immetteva l'acqua nel fondo vicino. Trebazio non accordava l' *actio a. p. a.* contro questa immissione. Ulpiano respinge pure questa applicazione, e la si deve respingere, sia perchè l'acqua di sorgente non è acqua piovana (2), sia perchè l'acqua decorre *naturalmente*, non è cresciuta nè di massa nè di violenza,

---

(1) I due casi posti l'uno di fronte all'altro dal IHERING, loc. cit., pag. 119, sono pur ripetutamente e parallelamente discussi e risoluti col criterio dell'uso normale o anormale in SORGE-VADALÀ, *I rapporti di vicinato*, pag. 124, 167, 249, ecc.

(2) Cfr. lo stesso ULPIANO contro TREBAZIO al § 1 di questa medesima legge.

quindi vera immissione non v'è. Ma, soggiunge lo stesso Ulpiano con l'autorità dell'opinione dominante (*plerisque placuit*), si può ben agire (e s'intende, nel diritto romano, con l'azione negatoria, perchè a ogni modo non è acqua piovana) quando o il proprietario della tintoria incanali l'acqua in modo da farla pervenire lui nel fondo vicino (*aquam conrivat*), ovvero lasci passare nel fondo vicino *aqua spurca*, s'intende per effetto dei lavori compiuti nella tintoria (1).

Un'applicazione assai comune della teoria iheringhiana ha luogo nella gestione di case di tolleranza. Si è giunti persino ad obbligare i tenitori di queste a indennizzare i proprietari degli stabili finitimi per la diminuzione di valore subìta dalle loro proprietà (2). Certamente la ripugnanza

---

(1) Con gli impianti della grande industria moderna lungo le rive dei fiumi e l'immissione di acque di rifiuto infette è possibile anche la diminuzione o l'abolizione della pescosità in larghe zone, e i danneggiati hanno, a mio avviso, pienissimo diritto di querelarsi (cfr. *Rivista mensile di pesca*, vol. IX, 1907, pag. 254 e 259, per simili conflitti in provincia di Ferrara); ma quanto è nitido il responso di Ulpiano in proposito, altrettanto sarebbe insulsa l'applicazione della teoria del Ihering.

(2) La questione è stata oggetto di una nota di VITTORIO SCIALOJA nel *Foro italiano*, vol. V, 1880, pag. 1040, alla sentenza 12 aprile 1880 della Cassazione di Torino. La sentenza annotata era contraria al risarcimento. Lo Scialoja cita sentenze favorevoli al risarcimento, anteriori e posteriori all'impero del Codice civile; ma reputa giusta la decisione della Corte suprema di Torino, perchè non vi ha danno giuridico, lesione nel diritto. Ma i seguaci puri della teoria iheringhiana non sono dal loro punto di vista illogici, perchè si tratta per l'appunto di stabilire un limite all'esplicazione del proprio diritto e questo limite è dato dall'esercizio di un'attività anormale, sia pure entro la sfera del proprio diritto, e non si può dubitare che l'esercizio di una casa di tolleranza sia sotto ogni riguardo anormale, in quanto è la più impura manifestazione industriale.

Scialoja cita invece ed approva giustamente una serie di sentenze in cui vi ha responsabilità dell'inquilino verso il locatore e del locatore verso l'inquilino per lo stabilimento di case di tolleranza fatto da questo o da quello nella casa, nonchè tra condomini e tra proprietari di case con accesso comune. Ma qui siamo in un altro ordine di idee, che è, come vedremo, la controprova, per così dire, della fallacia

del vizio, dello spettacolo dell'altrui inverecondia vieta di scorgere quanto sia strana questa decisione, la paternità della quale non spetta per vero al Ihering: con lo stesso criterio alcuno potrebbe reclamare nelle vie civili l'allontanamento di un imbalsamatore di cadaveri, di un negoziante di casse da morto, di un gabinetto medico-chirurgico o di un padiglione clinico, di una cenciosa famiglia, o quanto meno pretendere il risarcimento, perchè questo vicinato è, in quel quartiere almeno, anormale e deprezza il suo fondo; potrebbe impedirmi d'impiantare un giardino pensile o git-

---

della teoria iheringhiana. Una di queste sentenze è di nuovo riportata e largamente commentata in BRUGI, *Della proprietà*, pag. 184-186. È una decisione della Corte d'appello di Lucca, 2 novembre 1866, confermata dalla Corte di cassazione di Firenze il 25 giugno 1867 (*Annali di giurispr. italiana*, I, 2, 66; I, 1, 228). Trattavasi di una casa in comunione *pro diviso*, e il primo piano era stato affittato dal suo proprietario ad uso di ufficio sanitario per la visita delle prostitute. I proprietari degli altri piani reclamarono pel danno. La decisione fu a loro favore, ma la motivazione è erronea. La sentenza d'appello insisteva che « colui che reca danno col suo fatto illegittimo è tenuto a risarcire, sia che il danno consista nella materiale deteriorazione della cosa e nella lesione della persona, sia che senza lasciar traccia dietro di sè, si traduca in discredito o diminuzione del valore della casa », e parlava di abuso del diritto di proprietà, di destinazione straordinaria, che viene data al proprio fondo e simili.

La Corte di cassazione ribadisce pur essa che non è risarcibile il solo danno prodotto dalla immissione (e si richiama alla L. 24, § 12, D., 39, 2, e alla L. 1, D. *de ripa munienda*, 43, 15), che colui il quale eccede nel suo diritto è in colpa, parla anch'essa di un uso nuovo e insolito, ecc., e contro la massima *qui iure suo utitur* richiama l'altra *damnum facit qui id facit quod facere ius non habet*. Navighiamo in un mare di equivoci e di illogismi, perchè non si discute punto sulla natura del danno risarcibile e mal si discorre di eccesso e di colpa. Ciò che importa sapere è se danno nel senso giuridico, cioè lesione del diritto altrui, vi sia; che il proprietario abbia fatto *quod facere ius non habuit* è quanto precisamente rimane a provare.

Anche se adibire ad un simile uso il locale fosse stato contro la decenza, si sarebbe sempre potuto rispondere *non omne quod licet honestum est*. Nel caso, poi, l'uso per una visita sanitaria non era nemmeno immorale. Approvare simili motivazioni e confonder la decisione con la sua infelice giustificazione è pericoloso e rende inutile il cómpito della scienza.

tare, se mi piace, una cupola sul mio edificio, perchè trattasi pur sempre, evidentemente, di opere nei nostri paesi anormali e quindi non è giusto che il vicino abbia a sopportare la privazione di luce che glie ne deriva: potrebbe impedire all'Autorità pubblica l'impianto di un cimitero ai confini del quartiere da lui abitato o esigere di esser risarcito pel deprezzamento prodotto al suo edificio da quella vista o da quella vicinanza, deprezzamento che può essere enorme in un quartiere di villini o in una città di stagione.

Col criterio dell'uso normale il Ihering stesso pretende risolvere una specie singolarissima. Una fabbrica di zuccheri veniva sfruttata dai proprietari finitimi con un enorme allevamento di api (1). Ora è lecito tenere api, ma in una misura normale, non eccessiva. Che cosa ha che fare qui la normalità? Anche nell'economia dell'epoca attuale le api non sono sensibili alla cosa, anche se tenute dai proprietari finitimi in quantità notevole, quando si limitano a suggere il nettare dei fiori, anzi possono giovare con la diffusione del polline da un fiore all'altro: ma ledono precisamente la mia proprietà, anche se tenute in misura minima, quando si dànno a predare lo zucchero.

Cadendo in un equivoco forse ancor più grave, il Ihering spiega col suo concetto della normalità la responsabilità sancita dal diritto romano pel danno recato al vicino con escavazioni nel proprio. Io sono libero di scavare così profondamente quanto ne ho voglia....., ma non mi è lecito (*ist mir untersagt*) di farlo così presso ai confini della casa vicina che questa minacci di crollare: al vicino compete l'azione in base alla *c. d. inf.* (2).

Qui si confonde la responsabilità pel danno effettivamente recato alla cosa altrui cogli atti leciti od illeciti nei rapporti di vicinanza. Scavare presso al confine del mio vicino è perfettamente lecito, quando nessuna prescrizione

(1) Ihering, loc. cit., pag. 119-120.
(2) Ihering, loc. cit., pag. 117.

speciale di distanze o cautele da osservare ponga dei limiti in proposito: ma in questa operazione, come in tutte le operazioni più lecite che io compio, e sia pure colla cosa mia o sulla cosa mia. può accadere che io sia tenuto a rispondere del danno che ad altri ne incolga, sempre però sotto le consuete condizioni della responsabilità per *damnum iniuria datum*, cioè la lesione giuridica e la colpa. Se per questa responsabilità nei rapporti di vicinanza il diritto romano prescinde dalla colpa, ciò nasce dall'aver ordinato un istituto, come la *c. d. inf.*, ignoto ai moderni nella sua classica ampiezza, per cui è lecito alla parte che tema danno da qualunque operazione del vicino, *in suo*, *in alieno*, *in publico*, di garantirsi anticipatamente la prestazione del risarcimento eventuale (1).

7. Quanto alla pretesa dimostrazione esegetica, per cui la teoria dell'uso normale s'impone al diritto moderno col suffragio delle leggi romane, essa non è che apparente, e, per quel che riguarda i testi addotti dal Ihering, più che apparente, fallace. Giova dirne qualche parola appunto per dissipare quest'aureola, che turba l'esame spregiudicato della dottrina.

La legge già prima del Ihering invocata dagli scrittori, il fulcro vero della teoria dell'uso normale, è la celebre L. 8, §§ 5-6, D. *si serv. vind.*, 8, 5. Ma questa legge bellissima giova alla teoria dell'uso normale solo per quel tanto di vero che essa contiene: in realtà la corretta interpretazione teorica di questa legge è tradita, come vedremo, nella dottrina predetta. È curioso il notare come al Ihering stesso baleni un momento il vero pensiero del giureconsulto, ma si affretti a cacciarlo via da sè. Quanto alla L. 18 D., 8, 2

(1) Con applicazione ancor più singolare si richiama sotto il criterio dell'uso normale l'esercizio del diritto di innalzare costruzioni nel proprio fondo sino all'altezza che piace. Sorge-Vadalà, loc. cit., pag. 247. Il tagliare le sorgenti che scaturiscono nel proprio fondo ora è uso normale, ora anormale della cosa propria. Lo stesso, loc. cit., pag. 249.

citata dal Ihering essa è fuori questione; vi si parla di responsabilità per danni, dell'*actio in factum* (un sostituto dell'*actio legis Aquiliae*) e della *c. d. inf.* Decisa e netta a favore dell'uso normale parrebbe invece la L. 19, D. *eod.:* il vicino deve tollerare il bagno da me applicato lungo il muro divisorio, *quamvis umorem capiat paries:* allora soltanto il vicino non è più tenuto a sopportarlo e può avanzare il suo divieto, *si talis sit usus tepidarii ut adsiduum umorem habeat paries et id noceat vicino.*

L'obbligo di sopportare l'immissione di umidità, sia pure moderata, nella parete lungo la quale siasi applicato un bagno è veramente un poco strano, per quanto tale non sia parso al Ihering. Se non che si tratta nel testo precisamente di un *paries communis;* ciascuno dei vicini vi ha diritto e ciascuno può usare pertanto del *paries*, anche se questo prende umidità, purchè questa umidità non sia tale da danneggiare la cosa comune. Siamo in tema di condominio. Qui i principî non sono quelli della immissione, bensì della collisione di diritti sulla cosa stessa. L'immissione nel muro comune è perfettamente lecita, nè il vicino condomino ha diritto di querelarsi, finchè non si danneggia la cosa (1).

Il caso di immissione di umidità nella parete di proprietà esclusiva del vicino è fatto nella L. 17, § 2, D., 8, 5: e qui precisamente l'immissione è vietata senz'altro, e si può agire con la negatoria, senza aver riguardo all'*adsiduus umor* e al nocumento; il danno (*si quid ex ea re damni sibi datum esset*) è condizione soltanto per l'esperimento della azione in base alla *c. d. inf.*

Un caso analogo a quello della L. 19, D., 8, 2, deciso dalla moderna giurisprudenza, è quello della casa di tolleranza *stabilita in un piano dell'edificio.* Qui veramente i proprietari o inquilini degli altri piani potrebbero querelarsi

(1) Cfr., per es., L. 4, D. *de serv. leg.*, 33, 3, in cui si discute pure la ipotesi del *paries communis:* « neque me neque te agere posse ius non esse alteri ita immissas (trabes *ins.*) habere, nam quod communiter socius habet, et in iure (eodem iure *scr.*) eum habere constat ».

sempre, perchè la molestia di una frequentazione immorale essi la risentono nelle parti comuni dell'edificio, come, per esempio, nell'ingresso, nelle scale. Ma questi esempi dimostrano per l'appunto che noi non dobbiamo mescolare con la dottrina della proprietà e dei rapporti di vicinanza le relazioni o collisioni nascenti dal concorso di più diritti sulla stessa cosa (1).

8. La teoria dell'uso normale e la teoria degli atti di emulazione costituiscono i due tipi fondamentali dei così detti sistemi obbiettivi e subbiettivi. Le teorie secondarie aggravano di errori ancora più evidenti le basi dubbie dell'una e dell'altra, e talune sono pienamente equivoche, cioè credono di risolvere un problema che non avvertono e non pongono nemmeno. Lasciamo da parte la così detta teoria del divieto di immissione materiale o corporale. Essa non porge un criterio regolatore dei rapporti di vicinanza, ma

(1) Incidentalmente il Ihering, loc. cit., pag. 93, reca pure un altro argomento esegetico ancora più errato. Per dimostrare che il diritto romano non ha dato alla proprietà fondiaria « quella rigida configurazione che la nuda logica del concetto porterebbe con sè » richiama il principio che il proprietario è tenuto a sopportare il crescere delle radici del vicino sotto il suo fondo, in quanto ciò non nuoccia alle fondamenta del suo edificio. E soggiunge: « Da ciò risulta che egli è tenuto a sopportare anche la misura ordinaria di umidità che penetra dal fondo vicino nel suo per lo spargimento di acqua, per l'impianto di concimi e di cisterne, mentre egli anche qui, come nelle radici degli alberi, non è obbligato a sopportare il danno che gli deriva da un impianto vizioso o da uno spargimento eccessivo o straordinario o una incanalazione delle acque ». Ora, nella legge citata dal Ihering (L. 6, § 2, D., 47, 7), alla quale si può aggiungere la L. 1 Cod., 8, 1, che parrebbe più a favore del Ihering, non è in sostanza punto imposto che si debba tollerare le radici che sporgono; ma è detto che non si può reciderle di propria autorità; conviene intentare l'azione. E ciò, a mio avviso, per la ragione stessa per cui non si può recidere il *protectum* (L. 25, § 1, D., 9, 2), cioè che le radici fanno corpo con l'albero, e quindi è giusto invocare l'intervento dell'Autorità, la quale potrà imporre di procedere con le debite cautele. Il principio, d'altra parte, che si vorrebbe veder formulato nella L. 6, § 2 cit., certamente corrotta o interpolata nella chiusa, sarebbe di carattere positivo e speciale.

costituisce un punto di partenza, essa è, in altri termini, l'espressione del diritto autonomo di ciascun proprietario, non del limite generale da recare all'assolutezza della proprietà. L'aver diretto il Ihering la sua critica contro il concetto della immissione per sostituire ad esso come punto di partenza il concetto più largo dell'influenza, ha fatto apparire il divieto dell'immissione come un criterio positivo per disciplinare i rapporti di vicinanza. In realtà il nucleo della stessa teoria iheringhiana consiste non in questa sostituzione, ma nel vecchio criterio dell'uso normale della cosa, al quale il Ihering con questa sostituzione dell'influenza alla *immissio* ha dato un più vasto impero.

Nella dottrina civilistica godono molto favore alcune formule insignificanti, ambigue, che spostano il problema, in quanto lo pongono sul terreno della responsabilità per danni recati alla cosa altrui. Si dice in generale che non si deve nell'esercizio del proprio diritto recare pregiudizio ad altri, e gli scrittori invocano *la responsabilità per colpa* e l'articolo 1151. Che cosa dicono queste formule generali? Esse anzitutto non concernono il tema dei rapporti di vicinanza, cioè il limite da porre all'esercizio del proprio diritto, bensì il danno recato altrui con questo esercizio.

Ora quando si abbia un vero danno giuridico recato alla cosa del vicino, una effettiva lesione del diritto altrui, l'agente colpevole è certamente responsabile, nè la circostanza che egli agiva sulla cosa propria o con la cosa propria gli può fornire la comoda scusa *qui iure suo utitur neminem laedit*. Chi abbrucia stoppie o altro nel suo fondo senza precauzione, e con la sua imprudenza fa che si appicchi l'incendio ai fabbricati o ai covoni del vicino, chi per demolire economicamente un abituro gli dà fuoco, non curando se la fiamma per avventura si propaghi agli edifici vicini, non può rispondere candidamente che è nell'esercizio del suo diritto, che egli usa del fondo e della cosa; la pretesa giustificazione sarebbe tanto assurda quanto quella di chi, essendo capitato a ferire un passante con lo scaricare

imprudentemente il suo fucile, venisse a dire che egli non è responsabile, perchè usava dell'arma che era cosa sua. Certamente l'atto per sè non si può preventivamente reprimere, nemmeno quando pericolo di conseguenze dannose vi sia, salvo il caso che la legge non ponga le sue limitazioni o dia facoltà in simili casi all'Autorità giudiziaria di stabilirne (cfr. Cod. civ., art. 573, 574, 578, 699, ecc.) o al privato di garantirsi, come disponeva il diritto romano: non si può che chiedere il risarcimento per le conseguenze dell'atto compiuto. Ma sulla giustizia di questa pretesa al risarcimento nessuno può avanzare il menomo dubbio: dirò anzi che l'ipotesi più comune del *damnum iniuria datum* è forse quella del danno recato con la cosa propria imprudentemente maneggiata.

Ma se si vuole con quella regola (giacchè gli scrittori, cui alludiamo, non vedendo chiaramente il problema, non si esprimono mai con precisione) giustificare una responsabilità per colpa, *prescindendo dalla lesione del diritto*, cioè concedendo il risarcimento anche per la lesione di un semplice interesse altrui compiuta per negligenza o imprudenza, questa dottrina ci porta assai più lungi della teoria degli atti di emulazione (la quale per lo meno si ferma al dolo) e travolge i principî fondamentali del diritto subbiettivo e della difesa giuridica, del danno e del risarcimento.

Nella dottrina francese ed italiana il concetto iheringhiano ha esercitato un'influenza poderosissima (1). Nondimeno che vi sia qualche cosa di illogico, di ingiustificato in questa teoria, pur così attraente dal lato pratico, lo rivelano gli stessi sforzi faticosi dei suoi seguaci più recenti per darle una base più solida. Un indirizzo assai diffuso, che ha in sostanza questa mira, si appunta in un concetto moderno, che riscuote grandi simpatie e ogni giorno più si insinua nelle sfere più varie del diritto privato e del diritto pubblico: la *responsabilità obbiettiva nell'esercizio della propria*

(1) Cfr. Sorge-Vadalà, loc. cit., specialmente pag. 97-228.

attività utile. Chiunque trae vantaggio da un'industria, da un'impresa, da una gestione, deve essere tenuto a sopportarne i rischi inerenti e inevitabili, cioè i danni che si verificano anche senza sua colpa, perchè sono una conseguenza fatale dell'esercizio: abbiamo quasi un'inversione del noto aforisma romano: *commoda eum sequi debent, quem sequuntur incommoda*. In altri termini, il principio odierno sarebbe: *incommoda eum sequi debent, quem sequuntur commoda*.

Ora, applicando questo concetto all'esercizio della proprietà e combinandolo con la teoria del Ihering, gli autori moderni vengono nel seguente ordine d'idee: « chiunque, intraprendendo un'esercizio anormale del proprio diritto di proprietà, ritrae utile da questo esercizio, deve essere responsabile dei danni che per esso provengono al vicino ».

Questa teoria così crudamente enunciata ha un duplice vizio.

Anzitutto la responsabilità obbiettiva, come principio generale, non è sancita nè nel diritto romano, nè nel diritto moderno; le sue varie applicazioni sono sempre un *ius singulare*, così nel diritto romano come nel diritto nostro, che le ha piuttosto ristrette anzichè ampliate, o eliminandole indirettamente, come, per esempio, ha fatto in ordine alla responsabilità dei padroni per l'atto dei proprî operai servi, o riducendole — ora con presunzioni varie (art. 1153-1154), ora con alterazioni vere (art. 1155, che rende legale, ma deforma una delle applicazioni della *c. d. inf.*) — sotto l'idea della colpa. Abbiamo quindi un principio *de iure condendo*, non *de iure condito*, e con esso non potremmo ragionare: dobbiamo anzi evitare che esso si insinui nel ragionamento, allorchè ci teniamo sul terreno del diritto positivo.

In secondo luogo il concetto è straniero ai rapporti di vicinanza: noi cerchiamo piuttosto un limite generale allo esercizio del proprio diritto, che non un criterio per ampliare la responsabilità, cioè l'obbligo al risarcimento per danni recati nell'esercizio del proprio diritto, oltre i termini della colpa.

Anche nel campo che è propriamente suo, cioè del danno, questa dottrina accumula illogismi vani. È illogico far getto della colpa, che il diritto positivo esige, illogico parlare dei vantaggi, dei *commoda*, che si ricavano dall'esercizio, quando nessuna legge positiva mette in rapporto la responsabilità per le violazioni giuridiche coi lucri delle operazioni da cui derivano, illogico, finalmente, parlare di responsabilità senza colpa, quando poi si insiste sulla inevitabilità del danno con le maggiori precauzioni. La legge Aquilia richiede la *culpa*, non il dolo, cioè la mera prevedibilità del danno, non la previsione effettiva e la coscienza del danno futuro; anzi propriamente non si esige se non una *culpa levissima*. Ora se i rischi sono fatali, inevitabilmente congiunti a una data impresa, a una data operazione, qual mai grado di prevedibilità più sicuro e qual mai responsabilità più giusta si può immaginare nei rapporti coi vicini proprietari fondiari?

Ma il più equivoco tentativo moderno per giustificare la teoria dell'uso normale è l'*obbligazione di vicinato*, per la quale il proprietario non deve recare pregiudizio al vicino, ma viceversa il vicino dovrebbe tollerare « le molestie che non oltrepassano una certa misura ». Questa obbligazione di vicinato, o non è che un termine per riassumere gli obblighi varî tra vicini sanciti *espressamente* dalla legge, le così dette servitù legali *positivamente* stabilite, e allora nulla giova pel nostro scopo; o si vuol indicare le relazioni e le tolleranze che la società riconosce tra vicini e che i buoni vicini rispettano, anzi ampliano secondo le leggi della cortesia, e allora si gioca con l'uso ambiguo della parola *obbligazione*, la quale, non altrimenti che la latina voce *obligatio* (come dimostra specialmente la lettura delle opere di Seneca le più pregne di *obligationes* in tutta l'antichità), ha valore morale e giuridico.

Abbastanza di frequente si richiama il concetto per cui nel conflitto tra gli opposti interessi dei vicini giova dare la preferenza allo *stato di possesso*, all'*esercizio anteriore*.

Questo concetto è assai pericoloso, perchè finisce con sacrificare a favore del vicino lo sfruttamento futuro della cosa mia e sancire una specie di prescrizione delle molestie. Dal punto di vista logico il pensiero pare elegante, ma rappresenta un motivo trasportato in un campo che non è il suo, perchè esso non è che uno dei consueti criterî coi quali si può risolvere il conflitto tra i varî diritti *sullo stesso oggetto*, e non giova a stabilire i confini tra due sfere distinte di diritti.

Non fa meraviglia se di fronte ad un simile conflitto tra le ragioni apparenti della logica giuridica e quelle della vita, che sembra tradursi nel vieto conflitto tra la dottrina e la pratica, sia spuntato nella dottrina stessa il pensiero che la questione dei rapporti di vicinanza sia una questione di fatto, da decidersi caso per caso, e che tutto sia rimesso al prudente arbitrio del giudice, all'*officium iudicis*.

Questo pensiero, diffuso nella dottrina francese, favorito dalla corrente dell'interpretazione libera, è penetrato anche in Italia, ove ha incontrato il favore di giureconsulti eminenti, come il Gabba e sovrattutto il Brugi, il quale vi ha dedicato un'ampia discussione nel suo Trattato della proprietà (v. specialmente pag. 172 e segg.) e varie note di giurisprudenza nella *Rivista di diritto commerciale*. Secondo il Brugi, il giudice fa legge nel caso speciale, e tutti i criterî addotti valgono a seconda delle circostanze, che debbono essere apprezzate dal giudice.

Questa concezione mi sembra nascere da una visione altrettanto chiara della difficoltà, quanto disperata della soluzione possibile. Noi dobbiamo esaminarne il valore. Essa può esprimere due cose. Può significare che si riconosce che la legge è imperfetta, e si dà facoltà al giudice di introdurre delle limitazioni *extra legem*, si converte espressamente il giudice in legislatore (e il Brugi sembra proprio dire questo), e allora la discussione si porta sopra un terreno diverso e in una sfera di concezioni elevate, ma forse troppo audaci. Dirò semplicemente che a noi non sembra possibile attri-

buire al nostro giudice un potere legislativo; non l'aveva nemmeno il giudice romano, nè l'*officium iudicis*, a mio avviso, era più ampio che l'arbitrio in cui può spaziare il giudice moderno quanto alla valutazione delle circostanze di fatto: il primo dovere del giudice era, come dicono espressamente i testi, di rispettare le leggi: *in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est* (pr. I., 4, 17); lo aveva bensì il Pretore romano, ma questi non era punto un giudice, bensì un organo del potere amministrativo (un magistrato, nel linguaggio romano) e precisamente il supremo amministratore della giustizia. Un organo di tal natura noi non lo possediamo: ma certo le sue facoltà si somigliano molto a quelle delle supreme Autorità amministrative che emettono regolamenti, i quali nessuno dubita che siano equiparati alle leggi e debbano essere applicati dall'Autorità giudiziaria.

Ovvero quelle dichiarazioni vogliono dire che un limite e un criterio vi è nello spirito del diritto positivo, nella *ratio* ultima della legge, ma si rinuncia a fissarlo. Allora la scienza si rimette all'intuizione del giudice, rinunciando al suo còmpito. Il senso pratico detterà, il più delle volte, al giudice la soluzione giusta, ma le motivazioni, quando la scienza non soccorre, sono infelici e spesso assolutamente lacrimevoli. La prassi giudiziaria resta abbandonata a se stessa, e non è escluso che il senso pratico, con alla mano un frasario indigesto e nebuloso, invece di concetti giuridici, si lasci andare alla deriva di simpatie etiche, si lasci sorprendere dal lato sentimentale di una questione, si lasci anche sorprendere da una visione unilaterale della specie da decidere.

9. Noi possiamo a questo punto svolgere il nostro pensiero. Noi crediamo che si possa veramente pervenire ad una soluzione logica ed equa, che da un lato non sacrifichi la proprietà e la libertà, dall'altro lato abbia riguardo alle esigenze della vita sociale. È necessario, in questa materia, in cui, per andare alla ricerca di formule benigne, tanto

strazio si è fatto di concetti giuridici fondamentali, stabilire a principio l'impero della logica e del diritto.

Ciò che più ha danneggiato, a mio avviso, la presente ricerca, è l'assenza di una chiara idea sui confini del proprio diritto, sulla delimitazione tra lesione di un diritto e lesione di un interesse, tra danno giuridico e danno puramente economico nel campo dei rapporti di vicinanza. Questa distinzione sembra un punto di partenza elementare e nessuno vi consacra un'indagine preliminare; in realtà, gli abbagli che intervengono a questo riguardo e il vedere applicato il criterio dell'uso normale, ora all'una, ora all'altra specie di lesioni, mostra che questa indagine preliminare è necessaria.

I confini del proprio diritto nel campo della proprietà fondiaria sono segnati dai confini del proprio fondo. Questi confini sono alla superficie netti, e poco dobbiamo preoccuparci delle controversie che esistono circa i medesimi nel sottosuolo e nel soprassuolo, perchè è abbastanza pacifico che la proprietà sussiste pure nel sottosuolo e nel soprassuolo sino ad una certa profondità e ad una certa altezza, e i rapporti di vicinanza intervengono precisamente nei limiti di quella profondità e di quell'altezza. La sfera del mio diritto è quindi, per così dire, quella *sfera interna* determinata dai confini del mio fondo: al di là di essa è la *sfera esterna*, sulla quale non si estende il mio diritto di proprietà.

Sulla base di questi elementari concetti pare che si possa intanto stabilire il principio: una lesione della mia sfera interna è lesione del mio diritto, una lesione della mia sfera esterna è lesione di un mero interesse, è danno non giuridico. Se in teoria ed in pratica questo principio così semplice è ben lungi dall'avere un chiaro riconoscimento ed una coerente applicazione, chè, anzi, nel suo tacito rigetto si è cercata la soluzione del problema dei rapporti di vicinanza, ciò deriva da una peculiarità singolarissima, e talvolta dolorosa, della proprietà fondiaria, ch'è conseguenza della sua immobilità. Pel valore economico di un fondo, le *condizioni esterne* non si può nemmeno dire che importino alla pari

delle sue *condizioni interne*, perchè importano precisamente in una misura di gran lunga superiore. La fertilità di una terra, l'abbondanza di prodotti, la solidità e la bellezza di un fabbricato sono certamente qualità di pregio. Ma ben più di rilievo sono precisamente le condizioni esterne, la sua posizione, la sua prossimità alle strade e alle linee di comunicazione in generale, ai corsi d'acqua, l'esistenza di sorgenti e di acque vicine che possano dall'esterno affluire nel mio fondo, l'amenità del paesaggio intorno ad esso e l'aria salubre che mi proviene dai boschi che lo circondano, il bel prospetto, se si tratta di un edificio; e similmente il trovarsi l'edificio in un gran centro, in una contrada signorile, ovvero in un piccolo centro, in un misero quartiere. Lo stesso fondo, colle stesse qualità intrinseche, può assicurar la ricchezza o può costituire un tal onere che convenga meglio abbandonarlo: tutto dipende dalla situazione. Ora, ciò posto, la perdita delle buone condizioni esterne esistenti è talmente grave e persino talvolta decisiva, che, quando essa avvenga per fatto altrui, il nostro senso di equità ne rimane spesso impressionato e il senso giuridico turbato: lo Stato stesso, in molti casi, si induce a compensare, in una certa misura, i cittadini per la lesione delle condizioni esterne: e, per vero, quando si tratta di condizioni esterne *stabilite dallo Stato stesso*, rappresentante e tutore della collettività (1), l'interesse dei cittadini può parere un interesse legittimo, e per lo meno la pretesa al risarcimento, se non alla conservazione dello stato di cose, giustificata. Ma quando queste pretese si fanno valere nei rapporti tra persone non legate da quel vincolo che lega Stato e cittadini, quando la lesione è recata da opere compiute da un privato e non dallo Stato, compiute

(1) È questo per me il motivo del risarcimento nel rapporto tra gli enti pubblici (Stato, Comuni, ecc.) e i cittadini, per es. in caso di alterazione del piano stradale: è questo pertanto il criterio, che offre la soluzione della vessata controversia, la quale non si deve confondere colla questione dei rapporti di vicinanza tra due vicini, le cui sfere d'interessi sono nettamente distinte.

in un fondo ch'è suo e non di una collettività, in cui rientra anche il danneggiato, allora la decisione ispirata a riguardi di pietà e di equità è assolutamente antigiuridica, nè è possibile trovare l'*ubi consistam*.

Una volta stabilito che lesione del diritto è soltanto l'invasione della sfera interna, se noi, senza smarrire il retto cammino, ci volgiamo ad esaminare ciò che può comprendere e ciò che può esprimere questo concetto di lesione delle condizioni intrinseche, invasione della sfera interna, noi troveremo che esso è abbastanza largo, e giunge precisamente a quei confini, a cui il buon senso deve giungere, non oltre.

Liberiamoci dall'ossessione della *immissio*: non è che una invasione nella mia sfera interna possa esser compiuta soltanto mediante una *immissio*, e non è esatto che i Romani non contemplino se non la *immissio.* Così nella violazione dei rapporti privati, come in quella dei rapporti pubblici paralleli, difesi mediante gli interdetti, i Romani, e non solo i giureconsulti, ma gli Editti stessi del Pretore, appaiano sempre l'immissione di sostanze nel fondo altrui e le operazioni lesive compiute anche senza immissione. Certamente, in prima linea, il *facere in alieno*, che si contempla, è l'azione esercitata immediatamente sul fondo altrui, non altrimenti che nell'immissione si contempla in prima linea l'ipotesi del versare o gittare sostanze nel fondo altrui: ma nella stessa guisa che l'immissione si può avere non per versare o gittare sostanze *direttamente* sul fondo altrui, ma altresì per la propagazione nell'altrui fondo di sostanze gittate nel proprio (ed è questo il vero campo dei rapporti di vicinanza), così può aversi un *facere in alieno* per la ripercussione di operazioni che si compiono nel proprio. I tremolìi, gli scotimenti, lo smottamento del terreno nel fondo vicino per opere fatte nel proprio, che producono indebolimento delle fondamenta, o deteriorano altrimenti la consistenza e l'abitabilità del fondo vicino, non costituiscono immissione, ma non rimangono senza difesa, perchè costituiscono precisamente una

propagazione del *facere* sul fondo altrui. Il principio *qui iure suo utitur neminem laedit* è stato sovente frainteso o piuttosto esteso oltre i suoi confini nell'applicazione: il che spiega e giustifica la reazione moderna contro questo principio e le invettive contro la massima romana, che non è più romana di quel che sia cinese, perchè è un principio di logica in qualunque ordinamento giuridico. Ma in realtà *non utitur suo iure* chi sconfina e invade con la propagazione naturale delle sue operazioni l'altrui sfera interna; l'ipotesi, a ben guardare, è forse più grave che non quella della *immissio*. Se ciò non si scorge, egli è perchè noi siamo nuovamente dinanzi ad una di quelle delicate e torbide situazioni nascenti dalla natura particolare della proprietà fondiaria: data la contiguità dei fondi, è troppo agevole e spesso inevitabile che il *facere in suo* divenga, per propagazione spontanea, un *facere in alieno:* e allora in quella parte in cui esso è un *facere in alieno* non rappresenta più un *suo iure uti*.

Il celebre aforisma romano: *in suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat* deve essere pertanto integrato col sussidio stesso dei testi romani: *et quatenus nihil in alieno faciat*.

Insistiamo dunque: la lesione del diritto altrui non si opera soltanto con l'*immittere*, ma altresì col *facere*. Possiamo adunque fissare la regola: *qualunque invasione della altrui sfera interna, con elementi o con operazioni che, fatte nel proprio, si propaghino nell'altrui, può dar motivo allo esperimento dell'azione negatoria per la turbativa*, e, aggiungiamo, dell'azione di danni pel danno effettivamente recato: salvo che per l'azione di danni converrà provare anche la colpa.

Il nostro punto di partenza, come appare, viene, in pratica, ad esser quasi intermedio tra il concetto dell'*immissione* e quello dell'*influenza*, e permette ormai di valutarli entrambi. Il primo era evidentemente gretto e angusto; ma il concetto iheringhiano dell'influenza è, d'altra parte, così

lato, da riuscire insignificante: esso non ha valso che a intorbidare il problema, suggerendo un motto, che non guida, ma abbaglia; esso ha permesso di riguardare come violazioni giuridiche e danneggiamenti una serie di alterazioni sopravvenute nelle condizioni esterne. Quando si parla di influenza nociva o molesta, non si sa più dove fermarsi; la fantasia si sbriglia liberamente fuori dei territorî del diritto. Dottrina e giurisprudenza, necessariamente, senza pur avvedersene, sono tratte a limitare questo indefinito concetto con alcuni criterî. Ora si parla di influenza che reca un'alterazione nella *sostanza* della cosa, ora di una diminuzione del valore economico, di un deprezzamento, ad esempio, de' miei stabili. Ma la diminuzione del valore economico è il criterio più erroneo cui si possa far ricorso, perchè, come dicemmo, essa deriva, il più delle volte, da una modificazione delle condizioni esterne, alle quali io non ho alcun diritto. Quanto all'alterazione nella sostanza della cosa stessa, in apparenza par coincidere col nostro criterio.

Nondimeno non è così, perchè anche questa alterazione può sopravvenire per effetto di condizioni esterne che vengano a mancare. Il vicino può chiudermi ogni luce e ogni prospetto, può parare il sole a una gran parte del mio fondo, e rendere la casa umida, il mio terreno disadatto alle colture, cui veniva adibito sinora (ciascuno sa che cosa significhi un'esposizione favorita per certe colture, anche in latitudine che non le comporta): il taglio e la deviazione delle sorgenti può rendere il mio terreno sterile, e nondimeno io non ho azione contro il vicino, perchè egli non ha fatto che modificare quelle che erano per me condizioni esterne, egli ha impedito l'affluire di elementi che mi pervenivano dal di fuori.

Decidere altrimenti, e concedere, in simili ipotesi, l'azione negatoria o l'azione di danni, varrebbe quanto cancellare dal diritto le servitù con cui questi vantaggi si acquistano giuridicamente, e convertire quelle servitù, la *servitus*

luminis, la *servitus ne prospectui officiatur*, ecc., in limitazioni legali (1).

10. Ma vi ha una indagine ulteriore a eseguire circa l'essenza di questi due modi d'invasione entro la sfera di diritto altrui, l'*immittere in alienum* e il *facere in alieno*, prima di procedere alla fissazione di quello che noi riteniamo essere il criterio veramente giuridico, regolatore dei rapporti di vicinanza: indagine che in parte elimina molte questioni oziose, in parte prepara gli elementi per la ricerca fondamentale.

---

(1) Il difetto di una giusta visione dei concetti ha indotto in curiosi abbagli nella esegesi dei testi romani un esegeta come il Pernice, acuto e sincero, ma troppo sottile e poco felice nel valutare gli sviluppi storici. Egli asserisce che nelle fonti romane *i più antichi giureconsulti* erano inclinati a considerare come *damnum* la sottrazione della luce, a non considerare come tale invece il taglio delle vene d'acqua che alimentano il fondo del vicino (*Labeo*, II, 2a ediz., pag. 49-50, nota 2). In realtà nulla giustifica una così illogica differenza: nell'un caso e nell'altro nulla si immette e nessuna attività si propaga nella sfera interna del vicino: nell'un caso e nell'altro si tratta di sostanze ed elementi che al vicino pervengono dal di fuori e di cui si vieta mediante opera nel proprio l'affluire nel suo fondo. I testi addotti dal Pernice non dimostrano il suo assunto. Nella L. 1, § 14, D., 43, 8, se l'antico Labeone considera come *damnum* la sottrazione di luce, gli è perchè essa deriva da costruzioni dal vicino elevate non già *in suo*, bensì *in publico* (cfr. per lesioni analoghe all'accesso o al prospetto, pur esse contemplate nelle opere *in publico* e per la definizione generale del *damnum in publico*, L. 2, § 11, 12 *eod.*); ed anche la L. 25, D., 39, 2, in cui Paolo richiama l'antico Trebazio, doveva riferirsi *nel contesto originario* (con Giustiniano, che ha ordinato *limitazioni speciali* in relazione alla luce, la cosa è diversa) al *facere in publico*. Se, viceversa, questa soluzione non si applica nel caso all'acqua, come parrebbe dire lo stesso Labeone (sempre però coll'adesione di un tardo maestro, Ulpiano), ciò ha una ragione molto semplice, che è notata dallo stesso antico giureconsulto e non avvertita dal Pernice. Le acque traversavano soltanto il luogo pubblico, ma non scaturivano *ex publico*, bensì provenivano dal fondo vicino: EX MEO (non *ex publico*) *ad te nullo iure defluebant*. Pensare alla *forma coloniae*, alle leggi di fondazione della medesima è un travolgimento di idee.

Similmente errate sono le illazioni che il Pernice desume dalla L. 24, § 12, D. *damni inf.*, 39, 2. È un testo, in cui Ulpiano comincia preci-

Il concetto della *immissio*, cioè della propagazione di sostanze o elementi corporei nell'altrui, il concetto del *facere in alieno*, cioè della propagazione di movimenti nell'altrui, non altrimenti che il concetto di *res*, non costituiscono se non nelle apparenze categorie naturalistiche; nella realtà delle cose il diritto prescinde sempre dall'essenza fisica e dalle cognizioni scientifiche, e anche questi concetti sono *categorie sociali.*

Ciò giova anzitutto a togliere i dubbî sugli elementi che possono costituire immissione, la quale è sempre il concetto più largo e l'atto che viola in forma più appariscente i confini del fondo vicino. Vi ha immissione tutte le volte

---

samente con recare l'opinione di Trebazio a confermare che non vi ha danno se le vene del tuo pozzo sono state tagliate per opere fatte nel mio: ed è Ulpiano, non Trebazio, il quale soggiunge però che se io scavo così profondamente da impedire al tuo muro di reggersi, il vicino potrà agire in base alla *stipulatio d. inf.*, il che vuol dire che vi è *damnum.* Anche qui il Pernice osserva: « Una spiegazione giuridica accettabile per l'inciso finale con cui si chiude la discussione, a me sembra pur sempre *impossibile.* La decisione è pienamente ragionevole; senza pozzo si può stare, ma il muro lo si dovrà ricostruire. Ma non si può dire che queste siano considerazioni giuridiche *de lege lata* ». I principî che abbiamo svolti ci permettono, crediamo, di spiegare giuridicamente la soluzione diversa. Nel taglio delle vene, ripetiamo, non si propagano nel fondo vicino nè sostanze, nè operazioni; si vieta soltanto l'affluire di sostanze che vengono dal di fuori. Con lo scavare così profondamente nella sua proprietà, da scuotere la compagine del mio fondo, il vicino penetra invece in certo modo con le sue operazioni in esso; è un *facere in suo*, che diventa parzialmente un *facere in alieno.*

Certamente io non posso esperire l'azione negatoria, se non quando trattasi di ripercussioni abituali, di effetti visibili, come è il caso dei tremolii, degli scotimenti, degli smottamenti: ipotesi non contemplate dai Romani, perchè esse appartengono, si può dire, esclusivamente al periodo delle scoperte fisiche, delle macchine, al tipo moderno della grande industria. Ma posso sempre esperire l'azione di danni per il deterioramento recato alla cosa mia, la quale ipotesi si offriva anche ai Romani perchè non occorre a tal uopo che le operazioni eseguite sul proprio fondo producano una molestia sensibile prima del cedimento o del crollo: la *c. d. inf.* offriva poi il vantaggio di esimere dalla prova della colpa.

che in una data società si sente che un'alterazione dannosa o molesta nella sostanza della cosa è l'effetto di elementi che penetrano all'interno per opera e volontà del vicino. Che gli elementi penetranti ed agenti sulla cosa mia siano visibili e tangibili, ciò non importa nella *immissio* più di quel che importi nella *res*; elementi visibili e tangibili e forze agenti possono ugualmente costituire immissione quando l'opinione comune vi riconosca un'immissione.

Che già i Romani considerassero l'immissione di esalazioni pestilenziali, a me par certo in base alla L. 2, § 29, D., 43, 8: l'obbiezione, che ivi si ragiona di azioni popolari e di vie pubbliche e che non è ammessa l'analogia (1), mi sorprende un poco, non solo perchè trattasi precisamente di posizioni analoghe, talora contemplate in modo parallelo (cfr. L. 17, § 2, D., 8, 5), ma perchè l'interdetto *ne quid in loco publico, etc.* è senz'altro fondato sull'*immissio* (L. 2, § 21, D., 43, 8), e l'esservi o non esservi *immissio* è il punto su cui si discute tra i giureconsulti per giungere ad ammettere o respingere la concessione dell'interdetto (L. 2, § 28 *eod.*). Io riterrei che essi avrebbero ammesso anche l'immissione di freddo o di calore: i testi che noi possediamo (Coll. III, 7, 8; cfr. L. 27, § 10, D., 9, 2) contemplano soltanto l'ipotesi del danno della parete e del timore di danno, e quindi discutono sull'applicabilità dell'*actio legis Aquiliae*, dell'*actio in factum*, della *c. d. inf.*; ma si tratta di forni tenuti lungo un *paries communis*, quindi, avendo le due parti egual diritto sulla cosa, non vi sarebbe modo, come abbiamo visto sopra, di querelarsi per l'immissione, ma soltanto pel danno, cioè se la parete è abbruciacchiata dal calore del forno: *si paries exustus sit.* È il caso perfettamente analogo a quello della L. 19, D., 8, 2, relativa alla immissione di umidità. Al giorno d'oggi, poi, ritengo che nulla vieti di considerare non solo immissioni di calore, ma altresì di suoni, rumori, schiamazzi (si tratta, nella

(1) Cfr., per es., Werenberg, op. cit., pag. 53.

coscienza comune, di elementi o forze che si propagano e penetrano, e ciò prescindendo pur sempre dalla loro natura fisica), e in avvenire, col perfezionarsi di certi sistemi moderni di *réclame*, le immissioni di luce abbagliante con effetti sensibili sugli stabili e sulle colture, e forse l'immissione di elettricità, di forze magnetiche, di forze radioattive.

Con questo io ammetto largamente le così dette immissioni incorporali. Ma forse un termine siffatto è equivoco e fallace: equivoco, perchè può comprendere ciò che non è immissione, in quanto non penetra nella sfera interna; fallace, perchè, se si vuole con esso designare tutte quante le immissioni sensibili, sia pur non visibili, nè tangibili, il concetto « immissione *incorporale* » racchiude, mi sembra, una vera *contradictio in adiecto.* L'immissione avvertita dai sensi è sempre *corporale e materiale*, come è sempre corporale e porzione di materia la cosa oggetto dei diritti reali: rinunciando alla tangibilità, alla visibilità, non si rinuncia alla corporalità. Ovunque vi hanno elementi sensibili che agiscono su di noi, e sui quali noi, ad un certo momento, col progresso delle nostre cognizioni scientifiche e delle invenzioni tecniche, acquistiamo il dominio e possiamo quindi agire, vi hanno corpi e cose. E quando questi elementi vengono avviati nel mio fondo per opera del vicino, vi ha immissione.

Ma non abbiamo immissione tutte le volte che si sottrae aria, luce, calore, o si devia la sorgente dell'acqua che fornisce alimento alla mia fonte o alla mia cascata; in tutti questi casi sono elementi esterni, di cui si vieta l'ingresso, l'affluire nel fondo vicino.

Lo stesso dicasi per quel che riguarda non più l'immissione vera e propria, bensì la propagazione di attività, di movimento nell'altrui: è al sentimento e all'opinione sociale, non agli strumenti di precisione della scienza che giova ricorrere.

Ma quando abbiamo elevato a giudice della *immissio* o del *facere* nell'altrui sfera interna il *criterio sociale*, abbiamo

implicitamente stabilito la misura della tollerabilità e dato il bando alle applicazioni più che assurde, grottesche.

Eliminiamo anzitutto la serie dei casi, che, in qualunque concetto, non avrebbero mai dovuto mescolarsi nel tema, cioè quelle immissioni e, aggiungiamo noi, quei movimenti propagantisi nell'altrui, in cui la mia volontà non ha parte. La foglia che cade dal mio fondo nell'altrui, il ramo, scosso dal vento, che pencola nell'altrui, non sono immissioni; la scossa, che il mio fondo franato comunica al fondo vicino, non è una mia attività che si propaga nell'altrui. Dove la natura opera non vi ha immissione. Una delle applicazioni più vaste ed evidenti di questo pensiero noi l'abbiamo nell'articolo 536 Cod. civ., che riassume il concetto generale della romana *actio aquae pluviae arcendae:* ciascuno deve tollerare l'acqua che *naturalmente* decorre dal fondo del vicino, per quanto questa gli rechi danno con la sua massa o con la sua violenza, nè può querelarsi contro il vicino; se egli lo potesse, se gli fosse dato, cioè, di indurre il vicino a far opera nel suo, perchè questo decorso sia meno violento, egli imporrebbe al vicino una limitazione in proprio favore. E precisamente costituiscono limitazioni della proprietà i successivi articoli 537, 538, 539 Codice civile. Ciò che invece non si è tenuti a tollerare è che questo decorso sia procurato od aggravato dal vicino con opere fatte nel suo, perchè allora avremmo una vera immissione (1). Il dover subire un fenomeno naturale è chiamato dai Romani una *servitus naturalis*, espressione che dai vecchi autori venne fraintesa e mescolata con le limitazioni o servitù legali. In realtà non si ha limitazione in nessun caso, quando le cose sono in un dato modo disposte dalla natura. E la ragione è agevole a scorgersi. La natura è in perpetuo moto; ciascuno possiede la cosa sua come di momento in

---

(1) Art. 536, capov. 2°. Il modo di concepire la massima del capoverso 1°, cioè se si abbia una limitazione o una emanazione del dominio, è discutibile e discusso così nel diritto romano come nel diritto civile.

momento la natura gliela compone, gliela foggia, per così dire; ciò è visibile e sensibile nei due elementi più mobili, l'aria e l'acqua, ma il fenomeno è universale, e non si restringe certo a questi due elementi. In questa universalità esso fu sentito anche dal sommo pensatore dell'evo antico: il motto eracliteo *in idem flumen bis non descendes* non si riferisce esclusivamente al fiume ed all'acqua.

Ciò che in simili casi può entrare in discussione non è l'*immittere*, bensì l'*immissum habere*, come dicono i Romani, i quali hanno profondamente ragionato le singole specie: se non trattasi di *res communes* o *nullius*, ma di cose mie che invadano l'altrui fondo per evento naturale, si può agire contro di me soltanto se le mantengo nell'altrui fondo e non rinuncio alla proprietà.

Ma nemmeno quando gli elementi e le forze penetrano dal fondo vicino nel mio per opera del vicino stesso si ha sempre immissione: se l'*immittere in alienum* o il *facere in alieno* è una *categoria sociale*, non fisica, non si ha un *immittere* o un *facere* quando non si raggiunge, per così dire, il grado psicologico della sensibilità di un dato ambiente sociale.

Tutto ciò che invade o passa fugacemente traverso il mio fondo, senza darmi il menomo senso di molestia — il colombo che vola, l'areostato o l'areoplano che si libra nelle vie dell'aria, sia pur nello spazio cui si estende il mio dominio, un palloncino che cade nel mio fondo, la scossa impressa al fogliame delle mie piante dal vicino che batte nella propria aia — non costituiscono un *immittere* o un *facere*: nessuno pon mente a simili invasioni, se non forse per goderne. Un altro concetto in taluni casi d'immissione insignificante può entrare in campo, ed è quello dell'ingiuria, quando essa si compia appunto per fare atto di disprezzo; e sotto il punto di vista dell'ingiuria la cosa è unicamente discussa dai Romani (1).

(1) Cfr. L. 44, D. *de iniur.*, 47, 10.

11. Noi abbiamo risposto ad una parte del problema dei rapporti di vicinanza, a quella parte che riguarda i confini del diritto di ciascun proprietario. Abbiamo fissato quei confini: essi sono dati dalle condizioni interne del fondo.

Abbiamo altresì posto in chiaro come il divieto di sconfinare non concerna soltanto la *immissio*, ma altresì il *facere* senza *immissio*, e stabilito in che senso si debbano intendere il *facere* e l'*immittere*.

Se non che a questo punto sopraggiunge l'altro lato, l'aspetto fondamentale del problema. È possibile rinserrare il proprietario nella sua attività entro la sfera del suo fondo, in guisa che non debba invadere, in misura apprezzabile, nè con immissioni, nè col propagarsi delle sue operazioni, dei suoi movimenti di terreno, i fondi contigui? Non verrà il proprietario ad essere impedito nelle operazioni più essenziali alla vita quotidiana e all'economia fondiaria? Non verrà ad esser posto al bivio di non valersi del suo diritto o di violare quello del vicino? Si deve proibire ogni operazione che si ripercuota con la benchè menoma immissione o con una blanda e morente propagazione di movimento nell'altrui? Dovremo adoperare gli strumenti della scienza moderna per constatare l'uno e l'altro genere di violazione? La situazione delle cose sembra peggiorata, almeno rispetto alla vecchia dottrina dell'*immissio*, e resa intollerabile: ed è forse il sentimento di questa intollerabile condizione ciò che ha trattenuto così a lungo la scienza giuridica sul terreno della pura e semplice *immissio*, la quale, se non altro, permetteva, *quatenus nihil in alienum immittat*, una certa agilità di movimenti al proprietario, non lo soffocava dentro il suo fondo. In effetto, poichè le operazioni più essenziali, che io compio sul mio fondo, quasi regolarmente si propagano sul fondo vicino, il proprietario viene ad esser posto al bivio di non valersi del suo diritto o di violare quello del vicino. Egli si trova, pare, di fronte all'ironico dilemma posto a Shylock dall'accorta avvoca-

tessa: fino ad una libbra della carne di Antonio è il tuo diritto, una goccia di sangue versata è un delitto.

Sembra quindi necessariamente risorgere in questa parte, che riflette l'altra faccia del problema, il criterio dell'uso normale o della normale tolleranza. Noi crediamo tuttavia che quel criterio non sia nè logico nè felice. A parte il suo carattere arbitrario, non è nemmeno chiaro come tal misura media di attività e di influenza si debba stabilire: se in base alle forme più comuni di attività dell'uomo in una data società o in base alle esigenze normali di una data attività, di una data industria. In effetto questa formola, comoda ed elastica fin troppo, si presta a tutti gli equivoci.

Ma in realtà la ricerca di formule è uno sforzo laborioso e vano generato dall'oblio dei dati con cui il diritto ragiona e deve ragionare, dei dati con cui ragionano i giureconsulti romani in questa materia.

Torniamo al domma formulato a principio. La necessità — la vera necessità — è limite a qualunque diritto subbiettivo. La legge positiva può mal disciplinare, ma non può infrangere la coesistenza. Non si ha un *immittere* o un *facere* illecito quando siamo entro la sfera delle *generali e assolute necessità sociali:* ecco il nostro pensiero.

Tutto ciò che è un fenomeno necessario, ineluttabile della vita sociale non può esser vietato per riguardo al diritto altrui. Il *fumus non gravis* del proprio focolare, il calore delle proprie stufe o dei caloriferi accesi in un paese rigido nella stagione invernale non costituiscono immissione. D'altra parte ciò che è un prodotto necessario, inevitabile della coesistenza sociale è in un certo senso *naturale:* non si può dire voluto ciò che è ineluttabile. Torniamo in certo modo a quel che s'è detto innanzi circa la valutazione dei modi di invasione nella sfera di diritto altrui. Dove entrano in campo le necessità generali ed assolute della coesistenza, anche l'attività umana si converte in un agente naturale irresponsabile.

Il pensiero che è lecita l'immissione entro i limiti in cui essa è *necessariamente* imposta dalla coesistenza sociale coincide il più delle volte in pratica col criterio della liceità dell'immissione entro i limiti dell'*uso normale;* ma è un concetto più logico e giustificato e anche più determinato. La L. 8, § 5, D., 8, 5, non dice altro che questo: essa esclude precisamente come un assurdo che si possa parlare di immissione negli usi necessari della vita sociale.

Lo stesso Ihering (1) ha ben visto che il pensiero dal quale il giureconsulto si lascia guidare nella decisione dei due casi dei §§ 5 e 6, può ben esser questo: è « immissione soltanto l'esagerata produzione di fumo, non una moderata immissione » (meglio avrebbe detto, ripetendo la parola del giureconsulto « quella moderata immissione *prodotta dal fumo del proprio focolare* », il che ci riporta a una delle più generali necessità sociali); ma egli soggiunge subito che « questo pensiero noi dobbiamo respingerlo »; e afferma che esso « racchiude un errore (*eine Unrichtigkeit*) » (2).

---

(1) Loc. cit., pag. 122.

(2) Il Pernice, *Labeo*, 2ª ediz., pag. 36, nota 5, alla sua volta dichiara sembrargli che l'azione negatoria per immissione di fumo sia stata per la prima volta ammessa da Aristone, in quanto egli ha per la prima volta riconosciuto la *servitus fumi immittendi*. È conforme allo spirito del Pernice di arzigogolare sui testi e non riconoscere gli sviluppi storici ragionevoli per crearne degli irragionevoli. Anzitutto noi non possiamo dire che Aristone sia stato il primo a riconoscere la *servitus fumi immittendi;* ci si dice soltanto che egli l'ammetteva [Il testo è sgrammaticato e la servitù originale: l'inventore di essa è probabilmente Giustiniano]. Che poi egli abbia per il primo ammesso (*zugelassen*) l'azione negatoria per immissione di fumo è enunciato quasi ingenuo.

L'azione negatoria si applica logicamente a questa, come a qualunque altra turbativa, ed è poco probabile che il primo caso di una simile turbativa, sia pure per affumicazione di formaggi (operazione molesta anche al giorno d'oggi, perchè esclude l'uso di camini) nel mondo romano siasi avverato nel municipio di Minturne. Non possiamo pretendere che i testi del Digesto ci rappresentino realmente tutta la prassi del mondo antico nel suo svolgimento storico.

Equivoca mi sembra pure l'osservazione del Pernice (loc. cit., pag. 51, nota 5) alla teoria del Ihering: « Questo principio (l'uso normale del

Un altro felice responso ci è dato dall'antico Alfeno, cioè in realtà dal sommo giureconsulto Servio Sulpicio Rufo. In conseguenza dell'aratura e anche di una maniera particolare di aratura l'acqua piovana defluisce dal mio fondo nel fondo vicino. Si domanda se il vicino possa intentare contro di me l'*actio aquae pluviae arcendae* per costringermi a mutar sistema di aratura. Risponde Alfeno o meglio Servio: *non posse eum facere quominus agrum vicinus quemadmodum vellet araret.*

Ma le necessità sociali cui si allude debbono essere, lo ripetiamo, necessità sociali assolute e generali in quel dato ambiente e in quelle date condizioni. Il calore delle stufe e dei termosifoni deve esser tollerato l'inverno anche dai vicini cui per avventura non facesse piacere; non deve esser tollerato nell'estate, anche se divenisse la cura necessaria per alcuni stati morbosi. Nè le esigenze di una data industria possono esser in generale prese in considerazione. Vi ha bensì una corrente nella dottrina e nella giurisprudenza, favorita dalla formula iheringhiana, la quale non solo vuole applicato il criterio della normale tolleranza all'esercizio

---

proprio fondo) può essere opportuno per il regolamento dei rapporti di vicinato; ma le fonti romane assumono come punto di partenza il principio opposto, e per esse appartiene all'essenza della proprietà lo sfruttamento senza riguardi della cosa ». Precisamente io non dubito che tale sia il punto di partenza delle fonti romane e, in ultima analisi, di qualunque regime di proprietà individuale. I termini vaghi « influenza nociva, uso normale » creano limiti fantastici alla proprietà. Se non che, ammesso pur questo, il vero è che non si tratta propriamente, come si è visto, di stabilire limiti all'azione del proprietario nei rispetti della cosa sua, bensì di permettere che il proprietario trascenda in una certa misura colla propria azione i confini della cosa sua; e allora, a tutto rigore, lo stesso riguardo al diritto di proprietà (poichè anche il vicino è un proprietario) impone a lume di logica, anche se i Romani non lo dicessero, che non si debba nè *immittere in alienum*, nè *facere in alieno.* Ora appunto il nostro uso necessario non rappresenta un limite all'azione del proprietario sulla cosa propria, ma piuttosto concessione di irradiare in caso di necessità al di fuori di essa e reciprocamente obbligo di sopportare, per dir così, una corrispondente irradiazione.

industriale, ma invoca i bisogni dell'industria moderna e proclama il rispetto nell'esercizio *normale* di una data azienda industriale.

Noi crediamo che a queste aberrazioni si debba reagire. Anzitutto non si può discorrere di una tolleranza normale e applicar questa misura a tutti gli usi: è la *necessità* dell'uso che impone la tolleranza, nè questa si può esigere dove non esiste la necessità. Ma, quel che più importa, la necessità dev'essere *quotidiana e civile*, non *industriale*. Guardiamoci bene dal rinnovare in forme larvate un dei lati peggiori del tramontato ordinamento feudale: alla pari dei privilegi e degli usi antieconomici, con cui l'antico regime opprimeva la proprietà rurale e il ceto dei contadini, giustificando il motto « nè mulino, nè signore per vicino », potrebbero pesare sulla proprietà urbana e sugli umili cittadini le molestie antisociali della nuova feudalità dei signori delle fabbriche e delle automobili, dei sovrani della grande industria moderna.

Con questo non vogliamo giungere all'assurdo: il criterio stesso che abbiamo fissato ce lo vieta. Può ben accadere eccezionalmente che l'esercizio dell'industria in quelle date condizioni e in quel dato luogo corrisponda agli interessi vitali di un centro essenzialmente industriale, e allora non è escluso che talune esigenze del vicinato industriale possano assurgere al grado di necessità.

L'evoluzione dell'agricoltura romana e le parallele decisioni dei giuristi ci offrono uno splendido esempio del momento in cui l'industria può accampare le sue esigenze, in quanto queste si affermano come esigenze sociali di carattere generale. L'invasione delle acque nel fondo inferiore, com'è noto, non doveva esser tollerata se non quando avveniva per forze naturali: se interveniva l'opera dell'uomo, si reprimeva con l'*a. a. p. a.*, che in questa applicazione, cioè a favor del fondo inferiore, concorreva con l'*actio negatoria*. Le necessità dell'agricoltura costituivano per altro, come s'è visto or ora, un limite di tolleranza, che escludeva l'applicazione dell'*a. a. p. a.* e della negatoria. Ora

queste necessità, nonostante la diffusione crescente delle nuove colture, anche all'epoca degli ultimi giureconsulti repubblicani erano ancor ristrette all'opera dell'aratro e alla coltura dei cereali; tra Quinto Mucio e Trebazio vi fu divergenza di opinioni, in quanto il primo eccettuava l'opera dell'aratro (*quod agri colendi causa aratro factum sit*), il secondo l'opera dell'aratro esclusivamente per la coltivazione dei cereali: « Trebatius autem, non quod agri, sed quod frumenti dumtaxat quaerendi causa aratro factum solum excepit » (L. 1, § 3, D., 39, 3). Nell'età di Augusto, divenuta ormai generale e tipica l'arboricoltura nelle sue forme più varie, Labeone eccettua tutte le opere compiute nei campi, sia per la cerealicoltura, sia per l'arboricoltura: « Labeo etiam scribit ea, quaecumque frugum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam, neque referre, quorum fructuum recipiendorum causa id opus fiat » (L. 1, § 7, D., 39, 3). Finalmente nel periodo culminante di trasformazione agricola, che succede all'êra augustea, Sabino e Cassio escludono in generale ogni opera fatta *agri colendi causa* (L. 1, § 8, D., 39, 3). Nondimeno nelle colture speciali, per esempio, nella piantagione di un canneto, che ristagna le acque, con danno del fondo vicino, resta sempre integro il diritto all'esperimento dell'*a. a. p. a.* (L. 1, § 6, D., 39, 3).

Il principio sociale, limite del diritto, non può essere che il *bisogno generale* del popolo (1).

12. L'esame dei rapporti di vicinanza non sarebbe completo se non considerassimo ora, accanto al punto di vista del puro sconfinamento e dell'azione negatoria, anche quello

(1) [Nella dottrina inclina ora verso le necessità della coesistenza Abello, *Del danno cagionato dalla folla richiamata da un pubblico spettacolo* (*La Legge*, LII, 1912) in fine. Ma a torto egli vuol combinare questo concetto colla *quaestio facti* del Brugi (v. sopra). Le controversie sui rapporti di vicinanza non sono *quaestiones facti* più di quel che sia *quaestio facti* ogni controversia giuridica; il fatto dev'esser noto per sapere se si applica nel caso il criterio sicuro e costante delle *necessità*].

del danno e dell'azione pel risarcimento; due aspetti tenuti ben distinti dai Romani e mescolati insieme dalla dottrina moderna.

L'ipotesi del danno e del risarcimento abbraccia un campo più ampio che non l'ipotesi dell'azione negatoria. Se infatti l'immissione o l'attività sono di natura permanente, allora si avrà azione negatoria e azione di danno; e allora nel nostro diritto, che non conosce una divisione netta delle azioni, in uno stesso giudizio si può chieder la cessazione della turbativa e il risarcimento del danno recato: cosa assolutamente esclusa per diritto romano, in cui l'azione negatoria non contempla punto il risarcimento del *damnum praeteritum.* Questa fusione dei due punti di vista nel giudizio, e quindi nelle massime della giurisprudenza, ha non poco contribuito a confondere i rapporti ed abbuiare la discussione dottrinale in questa ardua materia.

Ma se l'*immittere* è transitorio, se il *facere* si esaurisce in un atto o si avverte soltanto col danno seguìto, allora non è più il caso dell'azione negatoria, bensì unicamente dell'azione di danno. Salvo i casi in cui la legge sancisce i suoi rimedî preventivi pel danno temuto (e che il vicino corra in tempo al riparo), non si può in generale o non si può più far sospendere al vicino la sua attività, ma si può solo, verificandosi il danno, reclamare anche per le vie giudiziali il risarcimento.

Se non che l'azione di danni esige le sue consuete e normali condizioni; e non è il minor peccato delle teorie fantastiche sui rapporti di vicinanza di aver portato a confondere i requisiti dell'azione negatoria e quelli della responsabilità per danni.

La responsabilità per danni esige anzitutto una condizione obbiettiva: *il danno.* Anche il danno implica lesione di un diritto, non di un mero interesse, e in tema di vicinanza fondiaria il criterio per stabilire quando vi abbia lesione di un diritto e non di un interesse è pur sempre lo stesso pel danno che per l'azione negatoria. Vi ha danno

giuridico quando vi ha lesione sostanziale, diminuzione di elementi che sono già *entro i confini del mio fondo*, quando insomma l'influenza nociva venga a colpire questa *sfera interna*, che è la vera sfera del mio dominio: vi ha invece danno puramente economico quando il fatto del vicino mi diminuisca o mi tolga vantaggi, che mi pervengono *dall'esterno*, che sono fuori della mia sfera giuridica.

Che l'obbiezione desunta dal principio *qui suo iure utitur neminem laedit* e l'imbarazzo in cui gitta questo principio abbiano radice nell'equivoco generato dalla situazione particolare della proprietà fondiaria, lo abbiamo già dimostrato. Il principio enunciato e aforismi similari significano, lo ripetiamo, che non si lede l'altrui diritto, finchè si resta nella sfera del proprio, anche se il vicino venga a subire una lesione economica pel nostro operare; e quindi legittimamente quei testi s'invocano contro la teoria degli atti di emulazione. La lesione economica, cui si allude, è una lesione delle condizioni esterne, come dimostrano gli esempi classici e triti: luce, aria, prospetto. Ma ciascuno di quegli aforismi si deve intendere con la troppo ovvia restrizione: « purchè nell'esercizio del proprio diritto non si invada la sfera interna del vicino, sia con immissioni, sia con la propria attività ».

Ma la responsabilità per danni esige anche in generale una condizione subbiettiva, *la colpa;* esige che l'atto si possa richiamare alla mia libera e cosciente volontà (1). Tale è il principio della legge Aquilia nel diritto romano: tale è il principio sancito dal nostro Codice agli articoli 1151-1152. Basta una *culpa levissima*, una qualunque negligenza o imprudenza, non occorre sia tale atto, di cui tutti (*omnes in civitate*) avrebbero saputo prevedere le con-

(1) Riconoscere che vi può essere lesione del diritto altrui nell'esercizio del diritto proprio (ma nel senso che abbiamo spiegato) non significa che si debba e si possa rinunciare nel nostro diritto positivo alla colpa; e mi sembra correr troppo il Sorge (loc. cit. pag. 191 e segg.), prescindendo, in base a quella premessa, da questo requisito.

seguenze: ma occorre che l'atto sia compiuto da persona cosciente e che il nesso causale tra l'atto e le sue conseguenze non sia dubbio.

Nondimeno si andrebbe errati, a nostro avviso, come abbiam detto innanzi, nel supporre che il rischio di una data industria elimini assolutamente l'obbligo al risarcimento, se non si vuol ammettere una responsabilità senza colpa. Se il danno non si è verificato per circostanze straordinarie, ma in condizioni ordinarie, perchè l'esercizio è tale che fatalmente, sia pure con le maggiori cautele, a quando a quando produce effetti malefici ai vicini, non mi parrebbe da escluder l'obbligo al risarcimento; una coscienza generale di poter far danno vi ha, come nel caso noto di colui che giuoca alla palla fuor del *campus iaculatorius*, e una grande industria, cui certi rischi sieno inerenti, è veramente comparabile al giuoco. Per l'operaio, che è paragonabile a colui che si colloca sullo stesso *campus iaculatorius*, saran necessarie delle eccezioni ai principî; ma i vicini, che rimangono entro la loro sfera, non sono tenuti a subire questo rischio industriale e in base ai principî stessi hanno assicurata la loro difesa. Altrimenti, di nuovo, la grande industria moderna colla libertà riconosciuta de' suoi pericolosi impianti verrebbe ad esser costituita in una condizione di privilegio.

Ma nella materia del danno, più che nel tema della tur bativa e dell'azione negatoria, i limiti della natura e della necessità sono di una intuitiva evidenza e di una ricono sciuta efficacia generale. La natura è il caso fortuito. Certamente può esser malagevole talora in ordine alla proprietà fondiaria e ai rapporti di vicinanza stabilire quando, nella concatenazione delle cause, l'effetto si debba ricondurre esclusivamente all'opera della natura. Ma qui veramente il principio *qui suo iure utitur neminem laedit* torna a esercitare il suo impero. Chi non ha sconfinato, chi si è tenuto veramente nelle sue operazioni entro i limiti del proprio diritto, del *facere in suo* senza trascorrere nel *facere in*

alieno, non può esser tenuto responsabile, se ***per intervento di altri fattori*** le conseguenze del suo atto si propagano al fondo vicino. Chi accende stoppia o paglia nel suo, e si solleva repentinamente un vento impetuoso che trasporta le faville nel fondo vicino, non può esser responsabile del danno alle messi, ai mobili o all'abitazione del vicino. Quando gli agenti naturali entrano in campo, il proprietario danneggiato non può querelarsi contro il vicino, anche se il primo più o men remoto impulso è portato dall'attività di questo. Molte trasformazioni della superficie della terra, che hanno apparenza di fenomeni naturali e vicende geologiche, si richiamano in ultima analisi all'opera dell'uomo: ma l'uomo è in queste opere un elemento della natura, in quanto entra nella catena delle cause naturali. L'essiccamento delle sorgenti e dei corsi d'acqua, le inondazioni devastatrici del piano, le frane, l'isterilirsi dei terreni sembrano doversi pur ricondurre al feroce diboscamento delle sommità. Il prosciugamento dei laghi rende più rigido il clima delle terre già rivierasche o circostanti e ne altera le colture. Debbonsi ora effetti così dannosi e vasti denunciare come una colpa dei proprietari della montagna e dei laghi, sancire la loro responsabilità per i danni, anzi dichiarare che essi, diboscando o prosciugando, hanno violato i limiti stabiliti all'esercizio del loro diritto? Evidentemente no. I proprietari dei terreni boschivi sfruttano le loro tenute nel modo che credono migliore, sia pure un modo rapace e deplorevole, e se le conseguenze si ripercuotono sui fondi inferiori, ciò avviene per effetto di una serie di cause lente e in parte misteriose.

Se vi è colpa, essa non è individuale, ma sociale.

È la società che deve premunirsi, ponendo dei limiti alla proprietà forestale, o, meglio, riassorbendola nel proprio demanio. È dallo Stato soltanto che si può esigere una vista più lontana in ordine alle conseguenze di certi atti; è lo Stato o il Comune che può permettersi il lusso di gerire il demanio forestale non nel suo interesse di pro-

prietario, ma nell'interesse della collettività, vale a dire in quello precisamente dei proprietari dei fondi inferiori. Il nesso causale indiretto con l'attività dell'uomo è, in simili ipotesi, così remoto, che può apparire anche dubbio; tanto è vero che soltanto la scienza moderna ha messo in luce le conseguenze luttuose del diboscamento, e il tema è anche tutt'altro che scevro di dubbî, perchè nel campo stesso degli studiosi vi ha di quelli che ritengono vi sia per lo meno qualche esagerazione: in Russia il diboscamento ha prodotto effetti benefici e reso i corsi d'acqua più ampî e più ricchi.

Pertanto il principio *qui suo iure utitur neminem laedit*, se non esclude la responsabilità per colpa nei rapporti di vicinanza, fa tuttavia che l'indagine sul nesso causale per il danno e il fatto dell'agente si debba istituire con più ponderata cautela, distinguendo l'effetto diretto e l'effetto indiretto. Chi provoca umidità nel fondo vicino, perchè gli viene la fantasia di trasformare in tenute boschive i suoi campi arati e le sue vigne, non può essere responsabile nè di immissioni, nè di danni, perchè, se queste conseguenze si verificano, è la natura che opera: chi li trasforma invece in risaie o in prati irrigui, ben può essere tenuto responsabile, perchè l'umidità è portata *direttamente* da lui per i bisogni delle nuove colture industriali. Similmente, chi, scavando o demolendo ripari nel proprio fondo o intraprendendo nuove colture, prepara l'opera di erosione delle acque o il lento smottamento del terreno ai danni del vicino, non può esser tenuto responsabile di questo danno: ma chi coi suoi scavi o con altri vasti lavori produce la frana o provoca il crollo della casa vicina, può esser tenuto a risponderne: ben inteso sempre che vi sia stata negligenza o imprudenza da parte sua.

Ma ai limiti della natura giova, ripetiamo, aggiungere i limiti nascenti dalle necessità generali della coesistenza sociale.

Nella materia del danno, la formula dell'uso normale compare forse anche meglio in tutta la sua equivoca fal-

lacia; se danno vi è stato pel vicino e se vi fu colpa nell'agente, poco importa che l'atto del proprietario fosse normale o anormale: e che cosa vi è di più normale, in ultima analisi, da secoli e secoli, che fare scavi e trasformar colture? Ma l'opera della natura, le necessità assolute e generali rientrano nei limiti classici del caso fortuito e della *vis maior*, che escludono la colpa e il risarcimento del danno.

13. Nella nostra giurisprudenza, data l'assenza di giudizî separati per l'azione negatoria e l'azione di risarcimento, per la violazione del diritto di proprietà e il *damnum iniuria datum*, i due punti di vista non sono sempre nettamente distinti. E poichè, d'altra parte, un divieto generale d'immettere *in alienum* o agire *in alieno*, com'è formulato, applicato e svolto nel diritto romano, non si ritrova sancito espressamente nel nostro Codice, mentre pel risarcimento del danno possediamo due sanzioni di carattere generale negli articoli 1151-1152, poichè, inoltre, il danno (o verificatosi o temuto, il *damnum praeteritum* o il *damnum futurum* dei Romani) rappresenta un criterio abbastanza sicuro per escludere la tollerabilità dell'immissione, mentre la molestia rientra invece, di regola, entro i limiti di tolleranza, il punto di vista del danno soverchia quello dell'immissione.

Si aggiunga che le disposizioni preventive per ovviare ai danni (v. specialmente gli articoli 573, 574, 578) stabiliscono vere limitazioni del dominio e quindi sono al loro posto nella materia delle servitù legali.

In generale, peraltro, le decisioni non tradiscono l'essenza vera dei rapporti e si basano sopra vere lesioni giuridiche.

Una parte importante ha in questa materia l'art. 574.

Esso non ha, per vero, un significato generale, ma introduce una limitazione della proprietà e un rimedio preventivo per impianti da stabilire che minaccino pericolo; anzi, secondo la lettera dell'articolo, esso sarebbe relativo a taluni

impianti (macchine a vapore ed altri manufatti) e a talune cause di pericolo (esalazioni nocive, esplosioni, incendî), per cui si dà facolta all'Autorità giudiziaria di ordinare le debite cautele affine di evitare ogni danno.

Sia per le opere, sia per le cause di pericolo, questo articolo si reputa esemplificativo o dimostrativo, non tassativo (1); in particolare si estende alle immissioni di fumo (2), ai rumori eccessivi (3), e persino agli scotimenti, ai tremolìi e simili (4).

Si può ben dire, pertanto, che, sebbene non abbia un significato generale, l'art. 574 (che in questa parte è nuovo rispetto al corrispondente art. 674 del Codice civile francese) abbraccia interamente nell'interpretazione giurisprudenziale l'ipotesi della grande industria, per la quale il problema dei rapporti di vicinanza è risorto nell'età moderna.

Tuttavia, anche in ordine a questa ipotesi l'articolo dispone un rimedio puramente preventivo, sicchè il problema generale rimane sotto ogni riguardo intatto.

Per concedere al proprietario leso dall'immissione o dall'attività del proprietario vicino, o la cessazione del pregiudizio, o il risarcimento del danno, la giurisprudenza talora motiva semplicemente, ma rettamente, le proprie decisioni sul rispetto dell'altrui diritto, talora men rettamente si richiama alle consuete formule generiche e piuttosto pericolose, come sarebbero l'abuso del proprio diritto,

(1) Cfr. App. Torino, 9 novembre 1888, *Foro it.*, 1889, I, 297; Cassazione Torino, 5 settembre 1889, *Foro it.*, 1890, I, 129; Appello Milano, 22 marzo 1892, *Mon. trib.*, Milano 1892, 401; Cassaz. Torino, 18 aprile 1893, *Mon. trib.*, Milano 1893, 401, *Legge*, 1893, II, 188; *Giur. torinese*, 1893, 555; App. Milano, 19 maggio 1896, *Mon. trib.*, 1896, pag. 696; Appello Torino, 6 luglio 1909, *Riv. di dir. comm.*, 1911, I, 211.

(2) Cfr. App. Torino, 6 giugno 1891, *Giur. torinese*, 1891, 627; *Mon. trib.*, Milano 1891, 922: Cass. Palermo, 2 maggio 1903, *Id.*, 1903, 624.

(3) Cass. Torino, 5 settembre 1889, *Foro it.*, 1890, 1, 129; Trib. Milano, 12 maggio 1911, *Mon. trib.*, 1911, pag. 494.

(4) App. Torino, 9 novembre 1888, *Foro it.*, 1889, 1, 297; App. Genova, 10 febbraio 1894, *Temi gen.*, 1894, pag. 155.

i riguardi generali di vicinanza. il contemperamento del proprio con l'altrui diritto (1).

Motivazioni così vaghe sono di dubbio valore per fondare la responsabilità per danni: meno ancora mi sembrano acconce per giustificare la repressione della turbativa, la negatoria.

Quando si tratta di sancire il rispetto all'altrui proprietà, alla sua inviolabilità e alla sua integrità, più congruo sarebbe richiamare che i confini del proprio diritto sono i confini del proprio fondo, e che si oltrepassa la sfera del proprio diritto immettendo nell'altrui ovvero operando nel-

(1) App. Casale, 13 luglio 1883, *Giur. Casale*. 1883, pag. 338; Appello Trani, 25 luglio 1887, *Riv. giur.*, Trani 1887, 825: « Il diritto di proprietà... è limitato dal diritto altrui; perciò quel diritto devesi esercitare in un modo da non turbare il diritto del vicino ». App. Torino, 26 aprile 1889, *Giur. tor.*, 1889, 521: « Il diritto assoluto di proprietà non autorizza il proprietario ad usare della cosa sua in modo da impedire o diminuire agli altri, in ispecie ai proprietari vicini, l'esercizio dei diritti inerenti alle proprietà rispettive ». Cass. Torino, 5 settembre 1889, *Foro it.*, 1890, 1, 129: « È tenuto al risarcimento chi produsse danno, abusando del diritto di proprietà ». Analogamente: Cass. Torino. 5 settembre 1889, *Foro it.*, 1890, 1, 129; App. Torino, 16 luglio 1891, *Foro it.*, 1892, 1, 981: « Il diritto di proprietà non può essere esercitato in modo da recare offesa e pregiudizio al fondo del vicino ». Appello Venezia, 17 dicembre 1890, *Temi veneta*, 1891, 1, 44: « Lede l'altrui diritto anche l'atto del proprietario, quando per le circostanze che lo accompagnano possa qualificarsi diretto a turbare l'esercizio del diritto altrui ». Cass. Roma, 23 agosto 1892, *Mon. trib.*, Milano 1892, 991; *Legge*, 1893, 1, 37: « Il diritto di proprietà trova sempre un limite nel rispetto dovuto alla proprietà del vicino ». Cass. Torino, 18 aprile 1893, *Monitore trib.*, Milano 1893, 401; *Legge*, 1893, II, 188: « L'esercizio del diritto di proprietà non autorizza chi ne è investito a valersene in modo da impedire o menomare il corrispondente diritto che altri, e in ispecie il vicino, ha sulle cose proprie ». App. Genova, 29 dicembre 1905, *Temi gen.*, 1906, 51: « Il diritto del proprietario dev'essere contemperato col diritto dei proprietari vicini ». Trib. Genova, 5 giugno 1906, *Temi gen.*, 1906, 348: « Il diritto di proprietà trova un limite nel suo esercizio nell'egual diritto del vicino ». App. Trani, 26 ottobre 1906, *Foro Puglie*, 1907. 44; *Annali*, 1907, 61: « Per i riguardi che sono dovuti al vicino non è lecito costruire un forno nella propria casa che gli dia molestia ». App. Firenze, 18 maggio 1909, *Temi*, 1909, 425: « Il diritto dell'esercente all'industria trova un limite nel diritto dei proprietari vicini ».

l'altrui, sia pure con le spontanee propagazioni dell'immettere e dell'operare nel proprio. È sempre il nitido precetto romano che s'impone. ***In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat***(*ur*), e, per completare il pensiero dei Romani con quello che risulta da altri testi, ***quatenus nihil in alieno fiat.*** Credo che parrà ad ognuno non molto preciso il richiamarsi « alle particolari *necessità*, che risultano dalla coesistenza dell'esercizio del proprio diritto con quello degli altri proprietari finitimi » per decidere che « non si può invadere con infiltrazioni il fondo vicino tenendo il proprio fondo a risaia » (1).

Alcuni giudicati sembrano ammettere, più o men recisamente, una responsabilità senza colpa (2).

---

(1) Trib. Lodi, 23 luglio 1890, ***Mon. trib.***, Milano 1890, 1017.

(2) App. Bologna, 27 giugno 1885, ***Foro it.***, I, 1900: « L'esercente di una miniera sulfurea deve rispondere dei danni cagionati alle piante dei fondi circostanti con l'anidride solforosa, esalata dai forni fusorî quantunque questi siano necessari per l'esercizio di quell'industria ». Cass. Napoli, 17 gennaio 1888, ***Mon. trib.***, Milano 1888, 551; *Legge*, 1888, II, 16: « Colui il quale esercitando un'industria cagiona danno al fondo del vicino è sempre tenuto al risarcimento del danno medesimo, ***anche quando il fatto causa del danno non possa riportarsi agli art.*** 1151-1152 ***Cod. civ.*** ». Cassaz. Torino, 16 luglio 1891, ***Mon. trib.***, 1891, pag. 669: « Quando il fatto dannoso è per sè illegittimo, la colpa *est in re ipsa*, per cui ***non è necessaria la giustificazione della colpa medesima*** ». Cass. Torino, 6 novembre 1903, ***Monit. trib.***, 1904, pag. 186: « Il fatto dannoso, quando sia illegittimo, dà luogo al risarcimento del danno, ***indipendentemente da ogni indagine sulla colpa del suo autore*** ». Le due massime enunciate a principio, della Corte di Bologna e della Cassazione di Napoli, contengono, a mio avviso, eccezioni solo apparenti per la forma, giacchè la prevedibilità del danno in conseguenza dell'esercizio industriale implica la colpa, e la necessità industriale dell'impianto non esime, per le ragioni svolte nel testo, dalla responsabilità. Ma le due ultime della Cassaz. di Torino sono veramente singolari, perchè ogni atto lesivo dell'altrui diritto, cioè ogni atto giuridicamente dannoso, si può dire illegittimo e quindi l'indagine sulla colpa sarebbe sempre esclusa e l'art. 1151 inutilmente scritto. In realtà però il dispositivo delle sentenze non giustifica, mi sembra, queste gravi massime che ne sono estratte. Si tratta di danno recato ad un fondo da risaie stabilite in fondo vicino, e le sentenze insistono a dichiarare che il vicino non ignorava, e ha dimostrato di non ignorare, la possibilità del danno pel fatto della nuova coltura.

Più spesso, peraltro, s'invocano rettamente gli articoli 1151 e 1152, la colpa aquiliana, la negligenza, il fatto del vicino (1).

La netta separazione delle azioni permetteva ai Romani di ragionare le diverse ipotesi dello sconfinamento e del danno con maggior limpidezza e precisione. Un tale appoggia il suo letamaio alla parete vicina: per costringerlo a rimuovere il letamaio (*cogere, ut sterculinum tolleret*) si può agire con l'azione negatoria; ma pel danno (*si quid ex ea re sibi damni datum esset*) si esperisce l'azione in base alla *stipulatio damni infecti*, posto che il vicino *damni infecti stipulatus esset*. È il caso esaminato da Alfeno nella L. 17, § 2, D. *si serv. vind.*, 8, 5. Nella L. 18, D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2, Pomponio fa l'ipotesi che le condutture di un acquedotto siano applicate lungo la mia casa, nè si propone punto la questione della loro remozione, pel motivo certamente che il vicino ha una servitù di acquedotto traverso il mio fondo: l'azione negatoria è quindi esclusa, ma ciò non esclude l'azione di risarcimento del danno, pel quale si può premunirsi stipulando la *c. d. inf.* e intentando quindi l'azione in base ad essa, ovvero, se questa cautela è mancata al vicino, si potrà esperire un'*actio in factum*, che è il sostituto consueto dell'*actio legis Aquiliae*, i cui requisiti, specialmente per l'esigenza del *damnum corpore et corpori*, erano troppo rigidi. Similmente non si può agire per la remozione del forno tenuto lungo la parete comune, perchè il vicino ha pur diritto di usare della parete comune: la sua qualità di condomino fa che egli sia in una condizione ana-

(1) Cass. Firenze, 23 marzo 1893, *Temi veneta*, 1893, 275: « Anche l'esercizio di un diritto su di un fondo può generare responsabilità per colpa aquiliana ». App. Genova, 10 febbraio 1894, *Temi gen.*, 1894, pag. 155; Cassaz. Torino, 9 dicembre 1901, *Mon. trib.*, 1902, pag. 887: « Il proprietario del fondo inferiore ha diritto da parte del proprietario del fondo superiore al risarcimento del danno prodotto dai franamenti del fondo stesso, qualora tali franamenti non siano determinati da cause naturali, ma dallo speciale e pericoloso sistema di coltivazione ».

loga al titolare di una servitù, e l'azione negatoria è esclusa contro di lui; ma se la parete ne resta abbruciacchiata, si può esperire pur sempre contro il vicino l'azione in base alla *stipulatio d. inf.* o la consueta azione *in factum* per danni. Tale è il caso deciso da Ulpiano nella L. 27, § 10. D. *ad leg. Aq.*, 9, 2 (1).

Quanto ai limiti di tolleranza, essi sono stabiliti dalle nostre Corti, avendo riguardo, con pratico intuito, all'opposizione tra uso privato e uso industriale, tra semplici incomodi e danno sensibile, ovvero tra disturbi, molestie, inconvenienti e danni veri e proprî. Si insiste talora sul carattere grave, eccessivo, insopportabile della molestia o dell'incomodo, sulla circostanza che essa eccede la tolleranza di una persona sana e normale: rilievi opportuni in fatto, ma insufficienti e pericolosi come motivazioni giuridiche (2).

(1) Nel testo genuino della *Collatio*. XII, 8, Ulpiano concedeva anzi per l'ipotesi del *paries exustus* la diretta azione *legis Aquiliae*, e solo pel caso di danno temuto, ma non ancora verificatosi, è proclive a concedere un'*actio in factum*, se non soccorre la *cautio damni infecti*. I compilatori hanno accolto l'opinione più arretrata di Proculo.

(2) App. Napoli, 25 gennaio 1887, *Annali*, 1887. 344: « Le molestie del vicinato, se derivano dall'esercizio di un mestiere ed eccedono quelle derivanti dalla comune destinazione della cosa ad uso privato, dànno diritto a farle eliminare ». App. Torino, 21 novembre 1887, *Giur. tor.*, 1888, 61: « Trattandosi di meri inconvenienti e disturbi provenienti dall'impianto di fucine con impiego di macchine producenti rumore e tremolìo all'edificio, non ha azione il vicino per chiederne la riduzione e molto meno per pretendere il risarcimento del danno ». App. Perugia, 10 febbraio 1890, *Legge*, 1890, I, 596, *Monitore trib.*, Milano 1890, 440: « Contro lo strepito prodotto dall'esercizio delle piccole industrie necessarie ai comodi della città..... può esservi luogo ad azione allora soltanto che esso sia portato ad un grado assolutamente eccessivo ed insopportabile pel vicino ». App. Torino, 17 dicembre 1895, *Giur. tor.*, 1896, 176: « Per l'applicazione dell'articolo 574 si richiede un qualche danno sensibile, specialmente alla solidità ed all'abitabilità del vicino edificio. Così non è interdetta l'applicazione di macchine a gas e di macchine per l'esercizio di una industria (tipografia), se dal loro funzionamento deriva semplicemente l'inconveniente di un rumore sentito dalla casa vicina, ma di tenue importanza ed in limiti tollerabili, a cui

Per questi limiti di tolleranza era il caso di invocare più esattamente le « necessità della coesistenza sociale », a torto richiamate per giustificare l'azione negatoria e il risarcimento del danno.

Rettamente esclusa è la responsabilità in altri casi in cui il vicino non penetra punto nella mia sfera interna, nè con immissioni, nè con la sua attività (1). Molte sentenze ordinano senz'altro la remozione e alcune distinguono esat-

---

possono facilmente i vicini abituarsi ». App. Torino, 3 settembre 1897, *Giur. tor.*, 1897, 618: « Il proprietario di una villa di salute non può impedire al vicino l'uso di una trebbiatrice, il cui rumore pregiudichi gli ammalati nervosi ivi ricoverati, ma ha diritto di reclamo unicamente se il rumore è tale da essere insopportabile anche in condizioni normali ed a persone sane ». App. Firenze, 15 settembre 1897, *Annali* 1897, 348: « Il pulviscolo dei carboni minerali e i frammenti di fuliggine che si sprigionano dal camino di un motore a vapore, e che invadono le finestre e inquinano l'acqua del pozzo del vicino, non costituiscono soltanto un semplice incomodo, che il vicino stesso è in obbligo di tollerare, ma portano diminuzione di patrimonio, e quindi vero e proprio danno risarcibile ».

Invocare la diminuzione patrimoniale, motivo così poco efficace per una vera e grave immissione nel mio fondo, accompagnata da così grave danno, mi pare un espediente poco felice.

App. Venezia, 26 luglio 1906, *Mon. trib.*, Milano 1906, 836: « Se il proprietario di un immobile posto in un centro industriale deve subire i disturbi e le molestie che dall'esercizio delle vicine industrie gli possono derivare, non può essere costretto egualmente a subire i gravi danni arrecati alla sua proprietà ». Trib. di Perugia, 31 dicembre 1909, *Foro it.*, 1910, 1, 1424: « Il proprietario di una casa nell'interno di una città e vicina ad uno stabilimento industriale ha diritto al risarcimento del danno derivante alla sua proprietà dalla immissione, oltre il normale, di fumo, pulviscolo od esalazioni nocive, indipendentemente da qualunque colpa, imprudenza o negligenza dell'industriale e senza riguardo ad allegate consuetudini locali ». Men rettamente, a nostro avviso, la Corte d'app. di Perugia, nella sentenza 24 novembre 1910, in riforma della precedente, *Riv. di dir. comm.*, 1911, 2, 211, fonda sulla consuetudine l'obbligo della tolleranza.

(1) App. Palermo, 25 agosto 1893, *Foro sic.*, 1893, 257: « L'amministrazione ferroviaria che in terreni acquistati esegue trafori, non risponde di colpa aquiliana, se taglia vene idriche alimentanti la sorgente altrui, nè dei danni a termine dell'art. 578 Cod. civ. ». App. Messina, 20 marzo 1907, *Temi sic.*, 1907, 8: « Il proprietario di una casa contigua a quella di altro proprietario non è obbligato a tenerla in

tamente l'azione reale e la personale di indennizzo (1). Non commendabili mi sembrano alcune decisioni in cui o si ammette danno, benchè non vi sia propagazione nè di sostanze, nè di attività nella mia sfera interna (2), o, viceversa, si rimanda all'Autorità politica in casi di vere immissioni o propagazioni di attività nel fondo altrui (3), o si addossa il rischio dell'impresa come caso fortuito ai vicini danneggiati (4).

14. Ci è avvenuto più volte di richiamare, nel corso di questo studio, istituti speciali del diritto romano in ordine alla responsabilità per danni, dei quali il diritto moderno conserva soltanto il nome. La responsabilità senza colpa è un'aspirazione della dottrina moderna. Ed è certo un'aspirazione che ha in molti fenomeni della vita odierna un gran fondamento di giustizia. Il torto della dottrina è forse di battere in breccia il principio, sia dal punto di vista del

---

istato di abitabilità e non è responsabile del danno che questi può risentire dipendentemente dalla facilità di accedervi e di nascondervisi di malviventi ».

(1) Cfr., ad es., App. Aquila, 6 settembre 1889, *Mon. trib.*, Milano 1890, 677.

(2) App. Venezia, 17 dicembre 1890, *Temi ven.*, 1891, 44: « È responsabile il proprietario di una valle da caccia che ordina al guardiano di sorvegliarla camminando sul proprio confine, quando possa esser dimostrato che per ordine del padrone costui camminando spaventava gli uccelli per farli scappare dalla valle vicina e passare nella propria ».

Gli uccelli non sono una parte della proprietà del vicino!

App. Milano, 30 luglio 1894, *Mon. trib.*, Milano 1894, 759: « Il proprietario di un immobile che permette al conduttore di adibirlo ad uso di meretricio è responsabile del danno e del deprezzamento che ne deriva agli immobili confinanti. I proprietari di tali immobili hanno azione per conseguire così il divieto di tal uso come il relativo risarcimento dei danni ».

(3) App. Torino, 21 novembre 1887, *Giur. Tor.*, I 1888, 61: « Quando il tremolìo e i rumori siano di natura da recare serio pregiudizio alla proprietà o alla salute del vicino, spetterebbe all'Autorità politica di dare i provvedimenti necessari per far cessare questi inconvenienti nell'interesse generale dei cittadini ».

(4) Cfr. App. Roma, 28 maggio 1910, *Riv. di dir. comm.*, 1911, 1, 211.

diritto positivo, scalzando con ragionamenti sofistici la necessità della colpa, sia dal punto di vista idealistico, augurando l'avvento del principio della così detta responsabilità obbiettiva. La giusta tendenza, a mio avviso, sarebbe quella di secondare il legislatore nella via in cui la necessità stessa delle cose lo trascina: stabilire congrue e vaste eccezioni alla rigidità del principio della colpa.

Di questa rigidità suol essere accusato il diritto romano. Come avviene della maggior parte delle accuse che si muovono al diritto romano, anche questa è infondata. È il Codice civile che ha irrigidito ed esagerato il principio fondamentale del diritto romano, e se la troppo libera esegesi odierna viola lo spirito del Codice, la vecchia esegesi, foggiando una *culpa in vigilando*, una *culpa in eligendo*, ecc., per l'interpretazione degli articoli 1153, 1154, 1155, può essere accusata di aderire alla colpa con soverchia pedanteria. Il diritto romano, e specialmente il diritto classico, recava numerose e vaste eccezioni al principio della colpa, in parte residui di un antico sistema (in cui non è per vero che si prescindesse dalla colpa, ma piuttosto questa si presumeva sempre, anche negli oggetti inanimati), in parte un prodotto della giurisdizione pretoria dietro la pressione dei bisogni pratici: il padrone era responsabile del fatto de' suoi servi, il che vuol dire che l'imprenditore era tenuto pel fatto de' suoi operai, che erano in generale servi (*actio noxalis servi nomine*), il *paterfamilias* pel fatto dei *filiifamilias* (*actio noxalis filii nomine*), il proprietario di un animale per il danno recato da questo (*actio de pauperie*), i padroni di navi, di alberghi, di rimesse pel fatto dei proprî dipendenti e commessi.

Ma quel che più importa al nostro tema gli è che precisamente sul terreno dei rapporti di vicinanza il diritto romano aveva creato una generale responsabilità senza colpa. Questa responsabilità senza colpa era sancita dalla *stipulatio damni non facti* (più tecnicamente *cautio damni infecti*), la quale si poteva esigere non solo per l'edificio

che minaccia ruina (*vitio aedium*), ma per qualunque attività del vicino nell'esercizio *legittimo* del suo diritto (*vitio operis*), sia sul suo fondo (*facere in suo*), sia sul mio fondo, per esempio, a titolo di servitù (*facere in alieno*), sia sul suolo pubblico (*facere in publico*).

Nel nostro diritto l'istituto della *c. d. inf.* è stato apparentemente intensificato in quanto si è sancita una responsabilità *legale* pei danni cagionati dalla rovina di un edificio (art. 1155) e si è data eventualmente facoltà al giudice di emettere provvedimenti per ovviare al pericolo (art. 699, cfr. anche art. 574): ma in realtà l'istituto è mutilato e immiserito nella sua parte più grandiosa e benefica, cioè dove esso creava una responsabilità senza colpa per ogni operazione o impresa del vicino (1).

---

(1) Anche nella parte che sopravvive l'istituto non si può dire migliorato. Anzitutto quando le cautele sono imposte dalla legge e persino quando la legge dà le più ampie facoltà all'Autorità giudiziaria, chi può dire che queste cautele siano per ogni tempo e per ogni caso le migliori, che l'Autorità giudiziaria stessa proceda col più sicuro ed oculato criterio? Il privato è sempre il miglior giudice del suo proprio interesse; e alla libertà, alla tutela spontanea del proprio interesse da parte dei privati il diritto romano si affida; non v'è da compiere indagini, da eseguire perizie sulla gravità e imminenza del danno (cfr. invece Cod. civ., art. 699), perchè una promessa, e sia pur una promessa con malleveria, come talvolta si esigeva, non era un soverchio onere che s'imponesse al possessore o all'agente. Ma vi ha inoltre che la posizione di chi teme il pericolo di ruina dell'edificio è assai più grave nel diritto moderno che nel diritto romano. L'attore deve nel nostro diritto provare che la ruina è avvenuta per mancanza di riparazioni o per vizio di costruzione, cioè a dire, in ultima analisi, provare la colpa del vicino, laddove nel diritto romano nessuna di queste condizioni egli non era tenuto a dimostrare, nè all'atto del ricorso per la cauzione, nè al momento del giudizio sulla cauzione, verificatosi il danno temuto. Soltanto il rigore della prova è nel nostro diritto discusso: cioè se l'attore debba positivamente dimostrare la colpa del proprietario dell'edificio, ovvero questa si presuma, salvo la prova contraria, che l'edificio è ruinato per forza maggiore, non per vizio di costruzione o difetto di manutenzione. Alcune sentenze esigono la prova della colpa, cioè che il proprietario conoscesse il cattivo stato dell'edificio, che egli fosse negligente nel provvedere alle riparazioni dei suoi stabili, che il danno deriva da mancanza di riparazione o vizio

Così, nel periodo della grande industria, delle città fumiganti e manifatturiere, dell'attività più violenta, prepotente e pericolosa, che i proprietari abbiano mai esercitato sui loro fondi, la legislazione si è trovata, di fronte al problema dei rapporti di vicinanza, in condizioni assai più gravi che non l'antico diritto romano. Di qui gli sforzi della giurisprudenza nell'applicare l'art. 1151, diretti ad allargare il concetto della colpa e dell'imprudenza sino agli ultimi confini del possibile: di qui gli sforzi della filosofia giuridica diretti a far trionfare nella legislazione il concetto di una responsabilità obbiettiva pei rischi di un'impresa da cui si ritrae vantaggio: di qui, infine, gli sforzi della dottrina per confondere i rapporti di vicinanza ed insinuare nel diritto positivo una responsabilità senza colpa, che il diritto positivo non riconosce. In realtà la giurisprudenza è sul terreno più sicuro. Sinchè la legislazione non sarà modificata, in tema di danni, cioè fuori del campo dell'azione negatoria vera e propria, con cui si richiede la cessazione dell'attività o dell'immissione, non si può che applicare l'art. 1151.

---

di costruzione (Cassaz. Torino, 20 maggio 1908, *Mon. trib.*, 1908, 541; *Giur. tor.*, 1909, 918). Altre ammettono la presunzione e impongono al convenuto la prova che il danno non avvenne per omessa riparazione e per vizio di costruzione, ma per altra causa (Cass. Firenze, 27 luglio 1896. *Temi ven.*, 1896, 497; *Mon. trib.*, 1896, 896 e 909; *Legge*, 1896, 497; Tribunale Genova, 19 febbraio 1900. *Mon. trib.*, 1900, 596; App. Genova, 25 giugno 1898, *Temi Genova*, 1898, 486; *Legge*, 1898, II, 554). Talora si esige bensì la prova della colpa, ma si dichiara che questa può argomentarsi da presunzioni gravi, precise e concordanti, ossia si ammette la così detta *praesumptio hominis* (Appello Messina, 26 marzo 1901, *Rif. giur.*, 1901, 145).

Osserviamo da ultimo che il nome di cauzione di danno temuto, di cui al citato art. 699 (cfr. anche art. 698), sembra messo lì apposta per trarre in abbaglio. Se questa cauzione si dovesse intendere nel senso romano, si potrebbe domandare che senso ha di fronte all'art. 1155, che sancisce la responsabilità legale. Se non che la cauzione di cui all'art. 699 non è certamente da considerare come una promessa, una *stipulatio cautionalis* imposta per obbligare il vicino a un risarcimento che la legge non impone, bensì come una delle consuete garanzie contro l'insolvibilità del vicino.

Bibliografia scelta.

Fra gli scritti stranieri sui rapporti di vicinanza quelli che ebbero maggior eco sono: Spangenberg, in *Arch. für civ. Praxis*, IX, 1826, pag. 263 (è una sagace nota sulla L. 8, §§ 5-6, D., 8, 5); Hesse, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn*, Jena 1880, e *Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Rechtsverhältnissen* in *Jahrb. für die Dogm. des Rechts*, IV, 1863; Ihering, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthum's im Interesse der Nachbarn* in *Jahrb.*, VI, 1863, e *Gesammelte Aufsätze*, Jena 1882, pag. 22 e segg. (trad. in Meuleneure, *Oeuvres choisies*, t. II); Capitant, *Des obligations de voisinage*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900; G. Van den Busche, *Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les immeubles* in *Flandre jud.*, 1901 (recens. in *Revue trim. de dr. civ.*, II, 1903, pag. 137); Appert, *Des droits de propriété vis-à-vis de ses voisins* in *Revue trimestrielle de dr. civ.*, VI, 1906; Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris 1902 (recens. ampia in *Revue trim. de dr. civ.*, I, 1902, pag. 828). — Anche in Italia la bibliografia è piuttosto numerosa: Cimbali, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione ital.* in *Arch. giur.*, XXIV, 1880, pag. 149; Gabba, *De iure vicinitatis* in *Questioni di dir. civ.*, 2ª ediz., Torino 1909, I, pag. 149 e segg.; Cfr. anche dello stesso, *Del diritto dei proprietari fronteggianti le strade o le piazze pubbliche al risarcimento dei danni, ecc.* in *Questioni di diritto civile*, Torino 1882, pag. 73; Cogliolo, *Limiti al diritto di aprire stabilimenti industriali, ecc.* (art. 574 e 1151) in *Scritti varî*, Torino 1910, 11, pag. 137; Degni, *Limiti al diritto di proprietà* in *Filangieri*, 1901, pag. 721 e segg.; De Meis, *Natura giuridica ed effetti dei rapporti di vicinato* (nota alla sentenza della Cassazione di Napoli, 14 febbraio 1902, in *Giurispr. ital.*, 1902, I, pag. 303); Ferrini, *Servitù prediali* (in *Coll. Fiore*), 1908, I, pag. 179 e segg.; Brugi, *L'immissione di rumori provenienti da uno stabilimento, ecc.* in *Riv. di diritto comm.*, V, 1907, II, pag. 164; Lo stesso, *Immissione di fumo da battelli a vapore, ecc.* in *Riv. di dir. comm.*, VIII, 1910, II, pag. 875; e colla massima ampiezza nel *Trattato della proprietà* (in *Coll. Fiore*), 1908, cap. II; Dusi, in *Riv. di dir. comm.* VI, 1908, II, pag. 518. Un'opera speciale sul tema è quella del Sorge-Vadalà, *Rapporti di vicinato*, Torino 1909, sulla quale vedi una recensione assai benevola di E. Albertario, in *Riv. di dir. civ.*, II, 1910, 286, e un'altra con acute osservazioni di P. Luzzatto, in *Arch. giur.*, vol. LXXXII, 1909.

XV.

I rapporti di vicinanza e la giurisprudenza (*).

Sommario.

(*) Note estratte o riassunte: *Foro it.*, XXXV, 1910 I, 1424 (*Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*): n. 1. — *Riv. di dir. comm.*, IX, 1911, II, pag. 211 (*L'azione negatoria e l'azione di danni nei rapporti di vicinanza*): n. 2-4. — *Ibid.*, X, 1912, II, pag. 815 (*Rapporti di vicinanza*): n. 5-8. — *Ibid.*, XI, 1913, II, pag. 613 (*Concezioni giurisprudenziali nei rapporti di vicinanza*): n. 9-15. — *Ibid.*, XII, 1914, II, pag. 696 (*Rapporti di vicinato*): n. 16-21. — *Ibid.*, XIV, 1916, II, pag. 3 (*La posizione del problema, i limiti delle responsabilità e la valutazione della colpa nei rapporti di vicinanza*): n. 22-28. — *Ibid.*, XVI, 1918, II (*Danni tra vicini e necessità sociali*): n. 29-33.

1. La decisione del Tribunale di Perugia circa l'immissione di fumo, pulviscolo, esalazioni nocive (1) è in massima giusta: nondimeno anche questa sentenza offre esempio delle dubbiezze e delle fallacie che possono esser indotte dal ragionare colla normale sensibilità della cosa e della persona, e dal non distinguere l'azione negatoria e l'azione di danni. La difesa della Fabbrica di carburi, le cui esalazioni erano di nocumento ai proprietari della casa vicina, opponeva che nella peggiore delle ipotesi potevasi trattare « di un fastidio temporaneo nello specialissimo caso di un malato di bronchi, e non di una molestia permanente e intollerabile da importare una limitazione patrimoniale »; si richiamava alle esigenze del « vicinato industriale », ai limiti di tolleranza consuetudinaria nella città di Foligno. Ora i malati di bronchi non sono fuor del diritto, nè debbono trarre in abbaglio le considerazioni del Ihering sulla sensibilità delle dame nevrasteniche e delle persone con forti nervi e muscoli: si vede da questo esempio stesso come sia la *necessità* dell'agente che deve fornire il limite di tolleranza, nè importa la normalità del paziente, anzi, quanto all'azione negatoria, non importa che vi sia addirittura un paziente. Molti usi antigienici possono sventuratamente esser normali in alcune città d'Italia, molte tolleranze invalse per incuria o bontà dannosa, per mala consuetudine; ma usanze e tolleranze siffatte vogliono esser sradicate anzichè invocate. Non è certo escluso che talune esigenze del vicinato industriale possano assurgere al grado di necessità; anzi possono financo superare la normale

(1) Ecco la massima della sentenza del Trib. di Perugia, 31 dicembre 1909 (*Foro it.*, l. c.): Cantarelli c. Fabbrica italiana di carburi e derivati: « Il proprietario di una casa sita nell'interno di una città e vicina ad uno stabilimento industriale ha diritto al risarcimento del danno derivante alla sua proprietà dall'immissione, oltre il normale, di fumo, pulviscolo od esalazioni nocive, indipendentemente da qualunque colpa, imprudenza o negligenza dell'industriale e senza riguardo ad allegate consuetudini locali ».

tolleranza dei pazienti, ma quando l'esercizio dell'industria in quelle condizioni e in quel luogo corrisponda agli interessi vitali di un centro esclusivamente o essenzialmente industriale. Quanto alla diminuzione patrimoniale, è un criterio fallace, come s'è visto, per l'esperimento della negatoria e la temporaneità del fastidio non esclude l'azione di danni.

Ma nella motivazione stessa della sentenza l'abbandono del criterio della immissione ha portato a confondere il momento della invasione reale della mia sfera giuridica interna e il momento obbligatorio, il danno recato alla cosa: è un vero equivoco il dire che l'industriale deve il risarcimento indipendentemente dalla colpa, perchè tale obbligo di indennizzo « sebbene non derivi da *colpa*, *imprudenza o negligenza*, *trova il suo fondamento di dovere nella legge*, per la quale ciascuno, pur potendo fare nel suo fondo quello che meglio gli aggrada, ove venga però per un modo qualsiasi e per qualunque fatto a pregiudicare il fondo del vicino, deve fare indenne costui del danno che gli abbia prodotto ». Si potrà negli stabilimenti industriali con la maggior facilità presumere quella *levissima culpa* che la legge Aquilia esige, ma in materia di danno dalla colpa non si può, crediamo, nel nostro diritto prescindere.

2. Le due sentenze della Corte di Firenze e della Corte di Torino (1) decidono due casi tipici di rapporti di vicinanza e di applicazione dell'*actio negatoria*, l'uno riguardante gli odori ammorbanti che penetrano nel fondo vicino per la vuotatura dei pozzi neri, l'altro i rumori che inva-

(1) Corte d'appello di Firenze, 16 maggio 1909, Levi c. Spada: « Ha diritto a risarcimento il proprietario di uno stabile danneggiato dalle esalazioni nocive derivanti dall'esercizio dell'industria della vuotatura di pozzi neri ».

Corte d'appello di Torino, 6 luglio 1909, Perrone c. Dagnino c. Municipio di Genova: « Gli inconvenienti che possono derivare al vicino dall'esercizio di macchine, camini, forni, fucine, stalle e magazzini

dono il fondo vicino e le vibrazioni che esso subisce per effetto del macchinario di una tipografia messo in moto. In entrambi i casi il concetto della *immissio* è piuttosto dubbio: nelle vibrazioni e negli scotimenti, per lo meno, non è a parlare di immissioni; e se la lesione dell'altrui proprietà si dovesse restringere alla *immissio*, la risoluzione equa delle questioni proposte verrebbe a esser compromessa. In realtà conviene liberarsi dall'ossessione della *immissio*: essa rappresenta una di quelle formule fallaci, che aduggiano la vita e la scienza e vengono attribuite al diritto romano per la singolare composizione del *Corpus iuris*, che rende sempre ardua e delicata l'interpretazione dei principî romani. Il *Corpus iuris* (è questo il suo pregio e a un tempo stesso il suo difetto, almeno dal punto di vista legislativo) è una collezione di casi particolari e di ragionamenti concreti. Ed è naturale che i testi considerino ora una figura di lesione, ora un'altra, secondo la specie sulla quale il ragionamento si aggira. Certo la *immissio* rappresenta il tipo di lesione che più emerge nelle fonti: ma dobbiamo considerare che l'invasione più frequente e regolare nell'altrui sfera giuridica, massime nell'antichità, cui, se non erano ignote la grande industria e la fabbrica, era peraltro ignoto il macchinario, che distingue la grande industria moderna, è costituita dalla *immissio* di sostanze nel fondo altrui.

In realtà le fonti romane, considerate nel loro complesso, ci menano per una via più logica ad una soluzione giuridica ed equa. Esse non considerano come lesione se non un'invasione della mia sfera interna, la quale è segnata

---

sono enumerati dall'art. 574 Cod. civ. in modo semplicemente dimostrativo e non tassativo.

« E la disposizione proibitiva dell'articolo stesso può applicarsi anche ad altri casi di inconvenienti meno gravi di quelli ivi contemplati di scoppio, incendio od esalazioni nocive (nella specie: al caso di rumori e vibrazioni prodotte da macchinario di tipografia con incomodo insopportabile di un vicino albergo, specialmente di notte) ».

dai confini del mio fondo. La diminuzione di valore economico e le alterazioni stesse nella sostanza della cosa, che siano l'effetto di alterazioni delle condizioni esterne, rappresentano lesione di un interesse, ablazione di un *lucrum*, di un *commodum*, non lesione di un diritto. Ma l'invasione della mia sfera interna può sopraggiungere così per *immissio in alienum* come per *facere in alieno*: in altri termini, nelle operazioni che io compio entro il mio fondo, io non debbo nè immettere sostanze nell'altrui, nè fare che la mia azione si propaghi nell'altrui, sia pure senza immissione di sostanze. Nulla è immesso nelle vibrazioni e negli scotimenti, ma è impresso al suolo un movimento, che, lungi dall'esaurirsi entro il mio fondo, si propaga, forse con ripercussione più dannosa, perchè nulla è quivi disposto a resistervi, nel fondo altrui. In una serie di testi il *facere in alieno* è rilevato dai Romani accanto all'*immittere in alienum*. Che non abbia risalto vero il *facere in alieno* per via indiretta, cioè proveniente da operazioni che si compiono *in suo*, deriva dalle diverse condizioni dell'industria antica: ma il parallelismo del *facere* e dell'*immittere* ci deve servir di guida, e il punto di vista logico è lo stesso. Se l'*immittere* può esser considerato in due fasi o meglio in due forme, cioè sia in quanto si versa o si getta direttamente nell'altrui, sia in quanto le sostanze si propagano dal mio fondo nell'altrui, lo stesso si deve dire anche del *facere*.

Il principio *qui suo iure utitur neminem laedit* deve essere inteso pertanto con questa logica limitazione, che ricomprende tanto l'*immittere*, quanto il *facere*: quatenus nihil in alienum immittat *vel in alieno faciat*.

3. Ma il rispetto ai diritti altrui incontra un limite nella *necessità della coesistenza sociale*. Non è sulla base della tolleranza o tollerabilità normale che si deve ragionare, ma sulla base del bisogno generale e assoluto del popolo.

Questa considerazione, a nostro avviso, infirma il valore delle motivazioni, su cui fondasi la sentenza della Corte

d'appello di Perugia, 24 novembre 1910 (1), il cui tema di giudizio era la molestia proveniente dalle esalazioni di stabilimenti industriali. La Corte, ragionando col motivo che « alcuno non possa convenientemente usare del proprio fondo senza recar danno ad altri vicini », dichiara che « la normalità non si può limitare agli usi di consuetudine soltanto, ma devesi estendere anche agli usi nuovi, in quanto che per l'art. 436 Codice civile il proprietario ha il diritto di godere del suo fondo nella maniera più assoluta »; che « intesa la normalità nel senso di un uso di consuetudine... *costringe l'industria ad intisichire nelle pratiche del passato*, negando la tolleranza per le pratiche nuove suggerite dai progressi delle scienze, mentre è evidentemente illogico ammettere la tolleranza per le pratiche antiche e meno utili e respingerla per le pratiche nuove e più vantaggiose ».

Ora che la tolleranza si debba estendere agli usi nuovi del proprio fondo, in base ai concetti che abbiamo svolto, è vero solo quando gli usi nuovi abbiano acquistato un carattere sufficiente di necessità e di generalità, corrispondano a un bisogno non industriale, ma civile e quotidiano, come potrebbe esser l'impianto dell'illuminazione a gas o a luce elettrica e dei termosifoni; ossia quando si può dire, in ultima analisi, che non sono più usi nuovi. Quanto abbiamo esposto a suo luogo (2) circa il passaggio compiuto in Roma dalla tolleranza dell'opera dell'aratro per la semina del frumento a quella dell'opera dell'aratro per la coltura in generale, delle opere dei campi per la cerealicoltura e

---

(1) Corte d'appello di Perugia, 24 novembre 1910, Fabbrica italiana di carburi e derivati c. Cantarelli: « L'art. 574 Cod. civ. non esclude che nei rapporti di vicinato si debbano considerare come normali e quindi tollerabili altri lievi danni e incomodi prodotti dall'uso che il vicino faccia della sua proprietà, e la consuetudine di sopportare certi determinati danni costituisce sempre buon criterio per giudicare della normalità e tollerabilità del danno lamentato (nella specie: fumo ed esalazioni provenienti da uno stabilimento industriale) ».

(2) V. sopra, *Criterio fondamentale*, n. 11 in fine.

l'arboricoltura e finalmente di tutte le opere dei campi deve ammonire in proposito.

La Corte conclude con un passaggio ardito: « Un criterio relativo alla normalità si può ammettere, ma non si deve applicare agli usi dei fondi, bensì ai danni che derivano dagli usi, e dire che sono normali e quindi tollerabili quei danni che sono dai vicini sempre tollerati. In questo senso intesa la normalità essa diviene un *indice sicuro* per riconoscere quali sono i danni lievi che si debbono dai vicini pazientemente soffrire. E di fatti se *l'uso fa le veci della legge*, la consuetudine della tolleranza di alcuni danni derivanti dalle esalazioni di opifici industriali *è sempre un buon criterio* per giudicare che il danno sia lieve ».

Questo ragionamento nella sua apparenza modesta deve esser tuttavia vagliato alquanto. Nessun dubbio che la consuetudine della tolleranza sia un buon indizio per giudicare che il danno sia lieve, ma niente più che un indizio; non un *criterio*, non un *indice sicuro*, come la Corte vorrebbe sancire. E se la Corte su questa base impone la tolleranza delle molestie, essa o ammette una specie di prescrizione degli usi più antigienici che infestano ancora le nostre minori città, per cui si verrebbe a costituire in ultima analisi, caso per caso, una *servitus fumi*, *odoris immittendi*, urtando, fra altro, contro la massima *in facultativis non currit praescriptio*, contro il disposto dell'art. 688 (qualora, s'intende, quel ragionamento dovesse esser proseguito sul serio), ovvero essa attribuisce valore di legge, se dobbiamo anche qui seguire l'espressione della Corte, a consuetudini di fatto, che non meritano di essere elevate al grado di principî giuridici limitanti l'autonomia del vicino nella sua sfera interna, dato pure che la consuetudine possa in ogni caso far legge. D'altra parte il rovesciare, come fa la Corte, il criterio della normalità (accettiamo, per un momento, questo criterio, sebbene per noi si debba parlare piuttosto di necessità sociali), volgendolo dall'uso alla molestia, non è un felice espediente, in quanto si conferisce alla tolleranza,

la quale è pur sempre un limite di stretta interpretazione, un'estensione pericolosa. Ciò che nella specie si deve pur tollerare, perchè la coesistenza sociale lo esige, diviene un principio generale di tolleranza, anche quando lo esiga unicamente il vantaggio di un industriale, il comodo o il capriccio di un vicino. Le consuetudini, a cui si richiamava la Società dei carburi, come appare dalla sentenza di prima istanza, consistevano nella tolleranza di esalazioni emananti dalla concimazione (e, pare, da una cattiva forma di concimazione) dei terreni ortivi nei pressi della città. E qui appare di nuovo quanto sia fallace ed equivoco questo criterio della normalità di fronte a quello che noi vorremmo fissare delle necessità generali della coesistenza.

Distinguere il danno dall'incomodo, come da ultimo si risolve a fare la Corte, è un criterio troppo semplice e teoricamente errato. È alla causa, è alla inevitabilità della molestia, che giova guardare, non alla sua entità; s'intende pur sempre quando l'entità sia tale da esser riguardata negli usi sociali come molestia. La L. 1, § 23, D., 39, 3 è male a proposito invocata, perchè l'*incommodum*, di cui quella legge impone la tolleranza, è un *incommodum naturale*, nascente dal decorso *naturale* dell'acqua o di altra materia dal fondo superiore al fondo inferiore; il giureconsulto osserva anche giustamente che il proprietario del fondo inferiore ha in cambio di questo *incommodum naturale* dei *commoda* egualmente naturali derivanti dalla sua posizione, in quanto *omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit*. È in fondo il puro e semplice concetto che noi abbiamo sopra fissato: ciascuno possiede la cosa sua come la natura di momento in momento glie la foggia in suo vantaggio o in suo danno.

Per dimostrare che è lecito ledere l'altrui fondo « quando uno dei vicini non possa convenientemente usare del fondo suo senza recar danno ad altri vicini », la Corte si richiama altresì (perchè la sentenza è dottamente redatta) alla L. 1, § 5, D., 39, 3, che impone la tolleranza dei *sulci aquari*,

quando alcuno non possa altrimenti seminare il suo fondo; ma si tratta, come ognun vede, di una tolleranza nascente dalle *necessità agricole*, che assurgono al grado di *necessità di ordine generale;* e abbiamo nel testo in questione una fase di quella evoluzione generale dell'agricoltura romana e della parallela evoluzione del diritto. Lo stesso carattere reciproco di questa tolleranza tra fondo e fondo è indice della sua generalità e della sua necessità.

4. La sentenza della Corte d'appello di Roma, 28 maggio 1910 (1), è in tema di responsabilità nell'Amministrazione ferroviaria per danni prodotti da incendi provocati nei fondi attigui dalla fuoruscita di scintille da una locomotiva.

La specie è, a stretto rigore, fuori del tema dei rapporti di vicinanza: nella dottrina moderna peraltro l'ipotesi dello sconfinamento e dell'azione negatoria si mescola facilmente con l'ipotesi del danno e dell'azione pel risarcimento.

La decisione della Corte d'appello di Roma eccita un qualche dubbio. Senza aderire alla teoria della responsabilità obbiettiva. io credo che non si debba esagerare, credendo di seguire una via logica, nell'applicazione del principio della colpa, ma convenga caso per caso istituire l'esame se l'evento dannoso è veramente cagionato da un fenomeno del tutto accidentale e indipendente da ogni volontà e da ogni previsione (per esempio, la scintilla è stata portata nel fondo vicino da un vento improvviso, impetuoso, cioè dall'intervento di un fattore estraneo e straordinario), o se è una conseguenza fatale dell'esercizio industriale, di guisa che, per star sempre al nostro esempio, *anche nelle condizioni*

---

(1) Corte d'appello di Roma, 28 maggio 1910, Terzoli e Levi c. Ferrovie dello Stato: « Per poter chiamare responsabile l'Amministrazione ferroviaria dei danni prodotti da incendi sviluppatisi sulle proprietà contigue alla linea, non basta che il danneggiato provi l'esistenza del rapporto obbiettivo di causalità tra la fuoruscita di scintille da una locomotiva e l'incendio successivamente divampato, ma occorre altresì dimostrare la colpa dell'esercente o dei suoi agenti *in omittendo* o *in committendo* ».

atmosferiche ordinarie, debba accadere che una scintilla a quando a quando penetri nel fondo vicino, e quivi sia causa eventualmente di gravi danni: e in questa seconda ipotesi stimo che il diritto al risarcimento non si possa negare.

A me sembra che sia una confusione, anzi una vera inversione di termini e di rapporti il mescolare in uno stesso concetto eliminativo della responsabilità il vero caso fortuito, impreveduto e imprevedibile, col rischio di una data industria. L'industriale sa il suo fato e vi si espone: non è giusto che egli ne faccia sùbire i rischi ai vicini, che non sono punto entrati in rapporto con lui e che dall'industria non ritraggono il menomo vantaggio. Queste considerazioni non portano certo a presumere la responsabilità in ogni caso; ma portano ad esaminare più cautamente che forse non si faccia le circostanze del fatto concreto, e il carattere veramente fortuito dell'accidente. La prova della colpa, anzichè sugli elementi subbiettivi, si deve aggirare nel caso piuttosto sulla presenza o assenza di elementi obbiettivi, di circostanze di fatto, che riportino in modo assoluto la causa del danno a un evento naturale. Non mi sembra che il giudizio della Corte sia stato ispirato alle considerazioni che scaturiscono dalle condizioni del moderno industrialismo.

Quando essa dichiara che « l'effetto dannoso..... che non è in facoltà dell'uomo di impedire dovrà considerarsi come *una delle conseguenze inseparabilmente connesse* all'esercizio ferroviario, una specie di *caso fortuito*, il quale come *un accidente non imputabile* deve risentirsi da colui che ne è colpito, salvo legge e patto in contrario », mi pare di scorgere in questo appaiamento di elementi eterogenei un'applicazione non esatta di quel concetto fondamentalmente giusto e imprescindibile che la responsabilità per danni esige come sua condizione regolare la colpa.

5. Le decisioni più recenti delle nostre Corti in tema di rapporti di vicinanza mostrano anche nelle motivazioni un

consolante progresso; onde si può con buon fondamento nutrire la speranza che si determini una tradizione di sani concetti, ispirati a un tempo stesso alle esigenze della vita e alla logica dei principî. Contro il pensiero di molti, noi non riteniamo che in questo campo sia a lamentare il silenzio del nostro Codice, e sia desiderabile che a troncare le oscillazioni e le controversie sopraggiunga la parola del legislatore. Dove non si tratta di dar norma a rapporti concreti e definiti, ma di fissare principî di una certa generalità, meglio è che la giurisprudenza faccia prova del suo intuito e la dottrina del suo spirito di astrazione e di coordinazione, e ci porgano esse, sia pur dopo laboriosi tentativi e tentennamenti, il criterio adeguato. Ed è bello constatare, precisamente in questa materia, come il lamentato dissidio tra la teoria e la pratica si vada componendo. Il gruppo delle sentenze seguenti, che annotiamo, rivela come il lavoro della dottrina, ed anche il modesto contributo dell'autore, non siano stati inutili. Solo una di esse fa richiamo, e in modo non essenziale, agli elementi psicologici e alla dottrina degli atti di emulazione: e anche il criterio dell'uso normale è corretto mediante limitazioni e spiegazioni, cosicchè è raro ch' esso abbia viziato la decisione.

Nei miei recenti studî io intesi di reagire contro questo criterio pratico, ma non sempre adeguato, dell'*uso normale*, sia nella sua vecchia applicazione come *limite al divieto dell'immissione*, sia nella sua nuova applicazione (Ihering) come limite al divieto dell'*ingerenza* o *influenza* nella sfera del dominio altrui.

A un tempo stesso, io, pur riconoscendo fondate le critiche del Ihering al concetto dell'immissione, criterio regolatore dei rapporti di vicinanza nella vecchia dottrina, ispirato veramente a un pensiero troppo limitato, se non gretto, ebbi però a criticare forse più seriamente il concetto, al contrario troppo lato, dell' ingerenza o influenza, messo innanzi dal Ihering, concetto il quale, proseguito a fil di

logica, conduce ad infrangere l'essenza della libertà e del diritto subbiettivo per dar tutela al fatto e all'interesse non legittimo.

Secondo il mio concetto, è vietata non ogni influenza, ma non, d'altra parte, la sola immissione, bensì, accanto alla propagazione di sostanze, anche quella di operazioni nel fondo vicino; se non che, tanto l'una quanto l'altra debbono, in primo luogo, essere misurate non alla stregua di criterî fisici ed assoluti, bensì alla stregua di un criterio piuttosto relativo di *sensibilità sociale*. Ma, sovrattutto, tanto l'*immittere in alienum*, quanto il *facere in alieno*, per usare la terminologia romana, debbono essere leciti quando siano l'effetto di operazioni che si compiono nel proprio per *imprescindibili e generali necessità*, perchè la necessità è limite di qualunque diritto, e ciò che si compie necessariamente esce quasi dal concetto della volontarietà e rientra in quello delle forze naturali, di cui ciascuno è tenuto a sopportare gli effetti.

Corretta è la sentenza della Corte d'appello di Milano, 3 marzo 1911, relativa alle ragioni di *necessità* con riguardo al tempo e al luogo, entro cui può essere consentita l'immissione di odori, e, salvo il dubbio eclettismo, anche quella del Tribunale di Milano, 24 agosto 1912. Corretta è altresì la sentenza della Corte di Milano, 23 febbraio 1912, circa i limiti entro cui è riconoscibile la facoltà di dar feste da ballo negli appartamenti (1). Il dar feste da ballo potrebbe

---

(1) Corte d'appello di Milano, 3 marzo 1911, Banca d'Italia c. Bigatti: « I proprietari di fondi vicini sono reciprocamente tenuti ad una certa tolleranza di immissione proveniente dal fondo vicino, tolleranza da determinarsi in relazione alle ragioni di necessità e all'uso normale della proprietà con riguardo alle particolari condizioni di luogo e di tempo.

« I vicini però non possono essere tenuti a subire inconvenienti notevoli, serî e gravi, tali da ridurre il valore di godimento dei loro beni, ancorchè l'uso della proprietà che produce tali inconvenienti non sia vietato da legge o da regolamento.

« Fra le esalazioni nocive contemplate dall'art. 574 Codice civile sono comprese anche quelle contrarie all'igiene (nella specie: odore

essere inibito, malgrado qualunque consenso del locatore, quando la costruzione degli edifizî e le relazioni tra gli appartamenti vicini fossero di tal natura che la molestia sia inevitabile e superiore al limite di tollerabilità sociale. Il dar feste da ballo non corrisponde nè alle necessità dell'umano consorzio, nè agli usi di un appartamento moderno di abitazione.

Si possono immaginare istituzioni analoghe, forse più utili, come il tenere una sala di ginnastica educativa o di conferenze, e nondimeno simili istituzioni non potrebbero aver loro sede in qualunque appartamento, senza riguardo dei vicini. Il riposo sicuro nella propria casa è una necessità più assoluta che non l'esercizio fisico, l'istruzione o il diletto.

---

nauseabondo che si propaga da un deposito di bozzoli agli edifizî vicini usati per abitazione e ristorante) ».

Corte d'appello di Milano, 23 febbraio 1912, Montagnini c. Meroni e c. Goldfinger: « Togliere il divieto al conduttore di dare feste da ballo nella casa locata, non porta come conseguenza che il conduttore possa usufruirne in modo che possa derivarne danno al locatore, nel senso che, dato il grave disturbo derivante ai coinquilini, questi possano od abbiano a chiedere la risoluzione dei loro contratti con i danni conseguenziali.

« Fino a che la molestia od il disturbo derivante da veglie danzanti, date da uno dei coinquilini di una casa, non ecceda quel limite di tolleranza necessaria perchè possa esistere e mantenersi l'umano consorzio, non è lecito al locatore, di insorgere, nè con lui i coinquilini della casa ».

Tribunale di Milano, 24 agosto 1912, Frova c. De Benedetti e Corna: « Nella produzione di rumori, scosse, vapori, gas, odori, fumo, calore, ecc., l'atto è illegittimo sol quando abbia contenuto emulativo, o costituisca immissione intollerabile od anormale nel predio vicino.

« Emulativo è l'atto quando, pur non essendo malizioso, porti nocumento al vicino, senza recare alcun vantaggio a chi lo compie.

« Per tollerabilità s'intende la tollerabilità fisica media, comune. La normalità riguarda tanto la destinazione del predio quanto l'esercizio del diritto dominicale.

« Quando l'esercizio d'un opificio industriale non possa venir restituito nei limiti come sovra intesi della tollerabilità e della normalità, l'Autorità giudiziaria ne può anche ordinare la rimozione ».

Egualmente commendevole è la sentenza della Corte d'appello di Napoli, 12 giugno 1912 (1), circa l'immissione del pulviscolo di carbone e del fumo. L'aver tollerato lunga pezza inconvenienti siffatti non significa nulla, sia per il giusto richiamo fatto dalla sentenza all'articolo 688 Codice civile e alla condizione giuridica preesistente dei locali, nella quale, in sostanza, l'autore degli eredi litiganti volontariamente s'imponeva la tolleranza dell'uso cui era destinato l'edifizio allora interamente suo, sia perchè noi riconosciamo, in tesi generale, che il limite di tolleranza può variare, e quindi la pratica del passato non vincola il presente.

Riconosciamo pure pienamente la bontà della decisione e il pregio della elaborata redazione nella sentenza della Corte d'appello di Napoli, 10 luglio 1912 (2), in una complessa questione di perduta amenità del paesaggio, svalutazione del suolo edificatorio e distruzione di industria vetraria e industria balneare, in conseguenza dell'impianto del cantiere Ilva ai Bagnoli.

È questo un conflitto caratteristico con la più poderosa delle industrie moderne, cioè l'industria siderurgica.

---

(1) Corte d'appello di Napoli, 12 giugno 1912, Centore c. Centore: « Per la norma di diritto consacrata nell'art. 574 Codice civile, l'esplicazione del libero diritto di dominio deve arrestarsi quando incontra o viene ad urtare in un uguale diritto contrario.

« È atto di tolleranza, che non può servire a fondamento di prescrizione, il sopportare per lungo tempo, senza reclamo, il danno arrecato alla cosa propria ».

(2) Corte d'appello di Napoli, 10 luglio 1912, Bournique c. Società Ilva: « L'autorizzazione governativa all'esercizio di un'industria non esclude nè menoma la tutela giurisdizionale sulla proprietà privata.

« Il criterio di delimitazione dei concetti concernenti i rapporti di vicinato consiste non in un elemento psichico, quale è l'atto di emulazione, ma in un elemento materiale, quale è la immodica, la non normale *immissio in alienum* ».

« Conseguentemente non sono indennizzabili se non le condizioni interne e non le esterne, per le quali il *dominus* viene privato di un vantaggio non giuridico ».

La sentenza contiene una valutazione rigorosamente esatta delle *condizioni esterne*, la cui perdita non è risarcibile, e delle *condizioni interne*, la cui alterazione può essere impedita e risarcita. Forse sopra un punto solo, relativo al mare e al danno dell'industria balneare proveniente dall'inquinamento delle acque, potrei nutrire qualche dubbio. È probabile che anche questo punto, in fatto, sia stato ben deciso; ma non direi, per lo meno, in modo assoluto, che l'essere il mare di demanio pubblico tolga il diritto al risarcimento. Per l'appunto sulle cose di demanio pubblico i cittadini hanno eguale diritto di uso: onde usciamo dal campo dei rapporti di vicinanza, e siamo piuttosto, come nei rapporti tra condomini, in tema di collisione di diritti. Stando così le cose, si può ben aver riguardo al fatto e all'interesse costituitosi, perchè è sempre un interesse legittimo.

Una serie numerosa di rapporti di simil genere sono decisi nel titolo 43, 8 del Digesto, *ne quid in loco publico*, e tutti si riassumono nel concetto latissimo del danno a questo riguardo emesso nella L. 2, § 11, di questo titolo: *Damnum autem pati videtur qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit*. E, trattandosi di collisione di diritti, può tornare in acconcio anche l'applicazione del criterio per cui si distingue tra colui *qui certat de damno vitando* e colui *qui certat de lucro captando*.

6. Più dubbia è la decisione e la motivazione della sentenza emessa dalla Corte d'appello di Torino in data 4 dicembre 1911 (1) circa i danni commessi sui fondi vicini dalla

---

(1) Corte d'appello di Torino, 4 dicembre 1911, Bertetti ed altri c. Cavalchini ed altri: « Non esiste responsabilità oggettiva od assoluta di chiunque eserciti un commercio od un'industria pei danni che, a causa od in occasione di tale esercizio, all'infuori d'ogni colpa, possano derivare ai terzi.

« L'azione concessa dall'art. 574 Cod. civ., può proporsi così contro il proprietario che concedette la cosa sua per uso dannoso al vicino

folla richiamata ad uno spettacolo di aviazione. L'ipotesi si può raggruppare con quella delle molestie che reca l'affluenza ad un teatro od altro pubblico esercizio, specialmente di diletto, poichè è questo il caso in cui l'affluenza è in date ore più grande e più rumorosa.

Tuttavia è in questa ipotesi che più bisogna usar cautela per lumeggiare la specie concreta, perchè non sempre siamo in tema di rapporti di vicinato, nè si può dire che il danno sia la conseguenza della turbativa dei rapporti di vicinato. Il caso presente è una delle più nette figure del genere. Siamo assolutamente fuori del campo dei rapporti di vicinanza: i querelanti non lamentavano punto il disturbo del frastuono od altro che si propagasse dal recinto dello spettacolo, poichè in campagna aperta questo disturbo doveva essere più che tollerabile. D'altra parte, la necessità porta pure di dover tenere siffatti spettacoli in qualche luogo, e la campagna è certo più acconcia della città. E neppure si risentivano i vicini della molestia che aveva recato loro il soverchio viavai della folla; nella quale ipotesi la questione sarebbe stata forse anche di collisione di diritti per un uso eccessivo della cosa pubblica (la via), predisposto dagli impresari dello spettacolo, ma evidentemente non sarebbe stato serio il muover piato per una animazione che rappresentava piuttosto una festa che una molestia in quel luogo e data l'eccezionalità dello spettacolo. Ciò che si lamenta è che la folla abbia invaso i proprî terreni, saccheggiando raccolti, calpestando seminati, sradicando piante. Ora, ciò posto, la controversia verte su di una pura e semplice questione di danni, in cui si deve pre-

come contro il conduttore che, coll'usarla in quel determinato modo, cagionò il danno.

« La responsabilità contemplata dall'art. 574 Cod. civ. sussiste solo in quanto il danno sia conseguenza del malo uso della cosa: non quando sia conseguenza del fatto di un terzo, estraneo al rapporto giuridico tra proprietario e conduttore, fatto compiuto in occasione, ma non in causa di detto rapporto ».

scindere dalla circostanza che il campo di aviazione e i fondi danneggiati sono limitrofi.

La questione potrebbe sorgere anche se essi fossero collocati a notevole distanza, perchè la relazione tra i fondi è indifferente; nulla si è immesso o propagato dall'uno nell'altro.

Eliminato ogni ricorso ai principî che regolano i rapporti di vicinanza, noi non abbiamo, nella specie, se non da considerare la pura e semplice applicazione dell'articolo 1151 e i requisiti del danno e della colpa. Fissato il problema, la soluzione non è difficile: il danno è stato recato dalla folla, la quale, pur troppo, anche nel diritto civile, come nel criminale, è un agente irresponsabile, che noi possiamo mettere nel novero delle forze brute. Ma si può ben istituire l'indagine se alcuno abbia per imprudenza o negligenza scatenato col fatto suo queste forze brute e si possa quindi chiamar responsabile dei loro effetti; e forse, nel caso nostro, la risposta doveva piuttosto esser affermativa che negativa. Non si tratta di imporre una responsabilità fuori di ogni colpa al commerciante o all'industriale che nell'orbita delle leggi esercita la propria attività, bensì di esaminare per l'appunto se vi sia quella *culpa levissima*, che non è se non la pura e semplice coscienza della possibilità del danno, la quale si richiede per l'articolo 1151.

Mal si risponde che il fatto di un terzo ha recato il danno, perchè, ripetiamo, questo terzo non è se non una forza bruta provocata da noi, e la questione è puramente e semplicemente di sapere se noi potevamo avere coscienza del modo di comportarsi di essa e se potevamo metterci in guardia e ovviare all'invasione delle proprietà lungo il passaggio della folla e specialmente nei pressi del recinto aviatorio (1).

---

(1) [Cfr. ora anche ABELLO, *Del danno cagionato dalla folla*, ecc. (*La Legge*, LII, 1912) in nota alla stessa sentenza].

7. Vera e propria sentenza, in tema di rapporti di vicinanza, è invece quella emessa dalla Corte d'appello di Venezia in data 18 marzo 1912 (1), per gli incomodi di vario genere recati dallo scarico di carbone: invasione di polvere con insudiciamento delle facciate all'esterno degli edifizi, e, all'interno, dei pavimenti, della biancheria, degli abiti, dei mobili, con disturbo del riposo pei clamori accompagnanti il trasporto, ecc. La Corte ha creduto di dichiararsi incompetente, in quanto si appartiene all'Autorità amministrativa, non alla giudiziaria, di regolare l'uso delle vie pubbliche, e nella specie richiama altresì due ordinanze del Sindaco di Venezia, l'una completiva dell'altra, tendenti per l'appunto a regolare, in base all'art. 151 del testo unico legge comunale e provinciale del 1898, il trasporto del carbone per le vie di acqua e di terra della città.

A noi non sembra commendevole, com'è parsa, questa decisione. Verissimo che l'Autorità giudiziaria ha il suo campo, e ha il suo l'Autorità amministrativa; ma sembra appunto che nella specie l'Autorità giudiziaria abbia rinunziato ad affermarsi nel proprio. L'Autorità amministrativa disciplina l'uso delle vie pubbliche che appartengono alla sua sfera di dominio, l'Autorità giudiziaria deve invigilare che dalle case private o dalle vie pubbliche non avvengano immissioni o turbative in danno di altri proprietari.

Lo Stato e il Comune, siano essi tutori o proprietari delle cose pubbliche, non hanno privilegio di fronte ai proprietari privati, e non hanno sovrattutto il privilegio di

(1) Corte d'appello di Venezia, 18 marzo 1912, Grünwald c. Walter: « Appartiene all'Autorità amministrativa, non al magistrato, regolare l'uso delle vie pubbliche, d'acqua e di terra, anche quando si afferma di provare che una data forma periodica di tale impiego privato di vie pubbliche (trasporti di carbone nell'abitato, con clamori, emanazioni di fumo, ecc.) sia lesiva delle private proprietà circostanti.

« L'art. 574 del Cod. civ. non può dar fondamento a legali provvedimenti o divieti o prescrizioni che si chiedano in proposito all'Autorità giudiziaria; la quale tanto meno è chiamata a dare indicazioni o suggerimenti, non suscettivi di una sanzione concreta ».

autorizzare le invasioni nell'altrui sfera privata mediante l'uso delle vie pubbliche e dei luoghi pubblici in generale. Senza dubbio, le necessità sociali, che, secondo il nostro concetto, rappresentano il limite vero del diritto dei proprietari contigui, si fanno anche più vivamente sentire nei rispetti con la via pubblica limitrofa che non nei rispetti col fondo adiacente. Ma ciò non significa che la trasgressione di questo più alto limite di tolleranza non debba esser valutata dall'Autorità giudiziaria. Porre argine alle immissioni provenienti dalla via pubblica non è ingerirsi nella polizia stradale, nè menomare il diritto dello Stato o del Comune che non sono in causa: come non è menomare il diritto e infrangere l'autonomia del privato nel suo fondo il prescrivergli norme per lo stabilimento d' impianti o il compimento di operazioni al fine di evitare ch'egli invada l'altrui.

I regolamenti per l'uso delle vie pubbliche non vietano pertanto al magistrato d'infrenare la violazione della proprietà privata, di reprimere le immissioni eccessive e ingiustificate, anche di fronte alle pubbliche necessità, non vietano di stabilire provvedimenti, conforme all'art. 574 Cod. civ. Certamente anche l'Autorità amministrativa, nell'emettere i suoi regolamenti per l'uso delle vie pubbliche, può aver avuto di mira non soltanto la conservazione delle vie nell'interesse proprio e di tutti, ma altresì la difesa eventuale degli abitanti le case prospicienti dalle molestie eccessive e dai pregiudizi che possono loro derivare. Ma questi regolamenti possono essere insufficienti, possono anche trovarsi in conflitto col Codice e coi principî del diritto: còmpito dell'Autorità giudiziaria è, in simili casi, di giudicare indipendentemente da essi. Nè con questo essa viene punto a compiere un'infrazione dell'art. 4 legge 20 marzo 1865 del contenzioso amministrativo, che fissa la reciproca indipendenza dell'Autorità amministrativa e giudiziaria, poichè precisamente in simili casi il magistrato non domanda punto la revoca o la modificazione dell'atto

amministrativo. Egli giudica sull'applicazione dei principî che regolano i rapporti di vicinanza, e se l'atto amministrativo viola questi principî, egli non fa che respingerne gli effetti, il che gli è perfettamente lecito in base a quell'articolo.

L'Autorità amministrativa potrebbe per avventura permettere, per determinate strade, il trasporto di materiali nauseabondi senza cautele, di materiali che emettono e immettono dei nuvoli di polvere nelle case prospicienti la strada: deve l'Autorità giudiziaria rifiutarsi di render giustizia ai privati per tema di entrare in conflitto con l'Amministrazione? È principio ovvio e riconosciuto che l'autorizzazione amministrativa di uno stabilimento non toglie ai privati il diritto di querelarsi per danni o molestie; ora la posizione delle cose è la stessa rispetto ai regolamenti che autorizzano il trasporto di viveri e materiali nelle vie pubbliche.

8. La sentenza della Corte d'appello di Venezia, 12 maggio 1912 (1), riguarda quella tra le applicazioni aberranti della teoria dell'uso anormale che si presenta con faccia più onesta, cioè i limiti alla gestione di case di tolleranza e l'obbligo imposto ai conduttori di queste di risarcire i

---

(1) Corte d'appello di Venezia, 12 maggio 1912, B. c. T. c. Z.: « L'uso anormale di una casa di abitazione può generare a carico del proprietario di essa obbligo di risarcire, *ex delicto*, i danni che ne derivano ai proprietari degli stabili vicini.

« Uso anormale di una casa vi è non solo quando il proprietario compia atti materiali che, igienicamente o fisicamente considerati, possano arrecare nocumento e molestia al proprietario vicino, ma eziandio quando consumi atti che, per quanto appaiano materialmente innocui, riescono invece moralmente nocivi e produttivi di danni.

« Usa in modo anormale della sua casa il proprietario che vi esercita o vi lascia esercitare il meretricio, pubblico o clandestino.

« Non esime il proprietario dall'obbligo di risarcire i danni al vicino per l'uso anormale della sua casa l'autorizzazione dell'Autorità di pubblica sicurezza all'esercizio del meretricio, nè il fatto che il meretricio vi sia esercitato secondo tutte le prescrizioni regolamentari ».

vicini. Io mi sono intrattenuto su questa ipotesi (1), che, torno a dire, nonostante la sua faccia onesta, rappresenta un'aberrazione, e non starò a ripetermi. Solo noterò come la dottrina su questo punto si mostri di una strana superficialità nella giustificazione e nell'invocazione di una pretesa giurisprudenza costante. È anche questa un'ipotesi in cui giova esaminare di proposito la specie concreta e mettere in luce gli elementi che giustificano la decisione. In una celebre sentenza, e non è la sola, si trattava dei rapporti tra proprietari di diversi piani, cioè di quei fallaci rapporti di vicinanza che ci offrono invece figure di conflitto di diritti: pur troppo la dottrina non è pervenuta ancora a distinguere nettamente gli uni dagli altri! Altre decisioni si giustificano, perchè l'influenza di un simile esercizio, con viavai, strepiti e risse, si ripercuoteva entro la casa dei vicini, turbandone la quiete. Quando, però, non si invoca se non l'ordine morale, converrebbe tener presente che se è deplorevole che l'immoralità sia una speculazione, è forse più deplorevole che costituisca una speculazione il rispetto alla morale, e non si comprende perchè di simili dimore, che il severo Catone reputava una necessità sociale, debbano essere allietati *gratis* unicamente i quartieri dei poveri, e l'immoralità debba pagare lo scotto ai proprietari di case per adagiarsi in quelli dei ricchi. Che case di tal natura, tenute nel modo anche più silenzioso, pel loro vicinato stesso, deprezzino gli stabili vicini, è certo; ma è pur certo che il deprezzamento avviene anche per la vicinanza di prigioni, ospedali, case di salute, cimiteri, e niuno dirà che, in simili casi, lo Stato, il Comune o i privati tenitori siano obbligati a indennizzi verso i proprietari adiacenti; s'intende, quando nessuna infiltrazione dannosa questi risentano all'interno, ma solo abborrano il triste vicinato e subiscano, per conseguenza di esso, una diminuzione nel tasso dei fitti e nel valore degli stabili.

(1) V. sopra, *Criterio fondamentale*, pag. 789-790 e 793-794.

Nessuno ha diritto alle condizioni puramente esterne del suo dominio. La difesa contro le più gravi alterazioni è nell'economia stessa: è ben poco probabile, per vero, che in un quartiere di villini si vadano a collocare edifici destinati a un triste uso, con l'unica prospettiva di pagare per il suolo e per l'affitto un prezzo dieci volte superiore a quello che si pagherebbe in un luogo più acconcio. Ad ogni modo, quando ciò avvenga, aggiungervi un capriccioso tributo ai vicini mi sembra eccessivo. In conclusione, noi teniamo fermo pur sempre che dove non c'è propagazione di azioni o di immissioni nella sfera interna dell'altrui dominio, non c'è nè repressione per l'uso, nè responsabilità per danni. E lo stesso dicasi là dove la propagazione corrisponde ad una necessità generale, imprescindibile: nè, infine, è concepibile azione reale e di danni là dove siffatte propagazioni sono bensì fisicamente accertabili, ma socialmente insignificanti, e quindi inesistenti.

9. Le sentenze delle Corti d'appello di Milano (7 febbraio) e di Catania (17 marzo) circa l'immissione immateriale di rumori e quella materiale di polvere dalla casa vicina, le sentenze del Tribunale di Firenze (12 febbraio) e della Corte d'appello di Parma (18 aprile) (1) circa l'immissione pure di rumori o quella di esalazioni provenienti dalle offi-

(1) Corte d'appello di Milano, 7 febbraio 1913, Galbiati c. Ditta succ. di M. Wolff e c. Sangregorio e Avalle: « Il diritto dell'inquilino alla risoluzione del contratto di locazione o alla diminuzione del prezzo dell'affitto in causa dei rumori provenienti da uno stabile vicino è indipendente dal diritto del locatore di essere a sua volta indennizzato dal proprietario della casa vicina, e non può venire ad esso diritto subordinato.

« Il locatore al quale l'inquilino, turbato nel suo godimento, chiede il risarcimento dei danni per i rumori provenienti dalla casa vicina, ha diritto di essere rilevato dal proprietario dello stabile vicino, quando il fatto di costui sia tale da oltrepassare quei limiti di tolleranza, che la convenienza sociale impone e da determinare una effettiva lesione dell'altrui diritto di proprietà ».

Corte d'appello di Catania, 17 marzo 1913, Nicolosi c. Nicolosi: « Il fatto di spolverare abitualmente da una terrazza dei tappeti costituisce

cine, sono, almeno per quel che concerne il punto essenziale della decisione, corrette. Anche nelle motivazioni e nel ragionamento è penetrata nella nostra giurisprudenza una più esatta visione dei rapporti di vicinanza.

Giova tuttavia far qualche osservazione su alcuni punti e mettere in guardia contro la fiducia eccessiva nelle formule più nuove, fiducia che in alcuna delle decisioni qui presentate non è stata senza conseguenze in parti accessorie, e che potrebbe esser veramente pericolosa, ove esse acquistassero il carattere di *ius receptum*.

Di nuovo anzitutto io debbo per lo meno consigliare una somma cautela nell'imperniare il ragionamento in ordine ai rapporti di vicinanza sul motivo tedesco, che va col nome del Ihering, dell'*uso normale* da un lato e della *tollerabilità normale* dall'altro, che più o meno è il motivo dominante in ciascuna delle sentenze che seguono.

Io intesi dimostrare nel mio studio speciale sul tema come questo concetto non sia teoricamente esatto, e non corrisponda alle fonti romane. Il dovere di tolleranza del vicino, cioè la misura nella quale il proprietario può oltre-

---

molestie contro cui il proprietario della terrazza sottostante più sporgente ben può esperire l'azione negatoria *servitutis* ».

Corte d'appello di Parma, 18 aprile 1913, Malerba c. Società « Union des Gaz »: « La preesistenza dell'officina esalante odori nocivi ai fabbricati vicini non è ragione bastante per escludere radicalmente ogni ragione di indennizzo, ma solamente può influire sopra la misura di tale indennizzo.

« Gli interessi sull'indennizzo decorrono dal giorno dell'avvenuto pregiudizio iniziale, non dalla domanda giudiziale nè tanto meno dal pronunciato accertamento (art. 1231 Cod. civ.).

« Tali interessi non sono soggetti alla prescrizione quinquennale, ma solo alla trentennaria ».

Tribunale di Firenze, 12 febbraio 1913, Matteini c. Amnirasidoli: « Le immissioni *in alienum* devono essere tollerate in quanto non turbino, date le condizioni della civiltà odierna, la coesistenza sociale delle varie proprietà, arrecando una sensibile diminuzione di valore, cioè un danno vero e proprio.

« I semplici disturbi che nella civile convivenza ordinariamente si sopportano e che non si traducono in un deprezzamento dell'altrui proprietà, non possono formar base di reclamo giudiziario ».

passare colle ripercussioni esterne della sua attività la propria sfera interna, non può esser stabilito se non dalle necessità *generali ed assolute* della convivenza sociale, le quali, perchè assolute, agiscono come forze naturali, e sono quindi, come queste, un freno e un limite legittimo all'esercizio di qualunque diritto, e perchè generali, sono anche reciproche. I bisogni speciali di una data industria, se una industria non assume il carattere di una necessità generale, non possono esser presi in considerazione; ma d'altra parte ciò che è l'effetto di una necessità assoluta e generale deve esser tollerato *anche se si può considerare come malagevolmente tollerabile, anche se in diverse condizioni la tolleranza non dovrebbe punto venire imposta.* Non si tratta di misurare in se stesso o nei suoi effetti l'incomodo che ci proviene dal vicino o dall'esterno in generale, di dichiararlo lieve, tollerabile ad una persona normale, ad una persona che non abbia i nervi malati (è il motto iheringhiano): si tratta di valutarne le cause. Certo in pratica avviene che le necessità sociali e la consuetudine quotidiana fanno che i nostri nervi siano assuefatti ad una serie di immissioni corporali e incorporali, e il nostro spirito rassegnato a subirle: ma è pur certo che quanto noi tolleriamo nella vita cittadina, con pazienza o con impazienza, ma sempre con rassegnazione, e senza pensare a querelarci, oltrepassa spesso la misura di quanto in altre occasioni, per esempio, di fronte a un opificio industriale, noi potremmo esser tenuti a tollerare, e oltrepassa, aggiungiamo pure, i limiti del tollerabile. Orazio si doleva al tempo suo di non poter far versi a Roma, frastornato com'era dai rumori della vita cittadina e dal movimento delle strade e delle grandi *macchine* (!) del suo tempo:

> Festinat calidus mulis gerulisque redemptor,
> Torquet nunc lapidem, nunc *ingens machina* tignum,
> Tristia robustis luctantur funera plaustris,
> Hac rabiosa fugit canis, hac lutulenta ruit sus.
> I nunc et versus tecum meditare canoros!
> . . . . .
> Tu me inter *strepitus nocturnos atque diurnos*
> Vis canere?..

Che cosa direbbe ai nostri giorni? L'immissione di polvere che ci può venire dal vicino è nulla in confronto di quella che ci deriva dalle strade, specialmente nei piani inferiori; i rumori di un'officina sono ben poca cosa in confronto di quelli dei carriaggi in alcune arterie della città grande; le officine riposano di notte, ma in alcune vie d'intensa comunicazione il passaggio dei *trams* non lascia riposare nemmeno nelle ore della notte, ben lungi dal permettere di ottemperare ai precetti dell'igiene più scrupolosa, che vorrebbe aperte le finestre della propria stanza e libero l'ingresso dell'aria anche durante il sonno. Eppure il frastuono quasi ininterrotto della vita notturna e diurna, di cui parla Orazio, noi lo dobbiamo tollerare, se vogliamo vivere in una grande città e in un gran centro e dobbiamo accontentarci di alcune modiche disposizioni di polizia. La vicinanza di un mercato col suo infinito ronzìo, di un porto coll'alto fragore delle sue macchine e dei suoi traffici, di un cimitero colle sue cupe immagini può distruggere la quiete, la salute, la serenità e deprezzare immensamente gli stabili; eppure noi dobbiamo chinare il capo non solo, ma non abbiamo nemmeno armi giuridiche per evitare che l'Amministrazione pubblica sposti il movimento di un mercato o di un porto da un punto remoto a un punto prossimo alle nostre case, infliggendo più che un fastidio, una vera sofferenza al nostro spirito, o trasporti il cimitero da un capo all'altro di una città di villeggiatura, cagionando un vero disastro economico ai padroni di ville e agli speculatori di terreni.

Si trasportino ora queste misure e queste fatalità, direi quasi, che s'impongono alla tolleranza come un rivolgimento prodotto dalle forze della natura, ai disturbi dei vicini, al rumore di un'officina e si vedrà quanto sia assurdo il voler risolvere alla stregua dell'entità obbiettiva e della tollerabilità normale ciò che non ha che un limite veramente logico e veramente pratico in qualunque ipotesi: la *necessità generale* di tutto un popolo.

10. È un motivo che di frequente ritorna quello con cui ragiona la sentenza del Tribunale di Firenze (v. sopra), cioè la distinzione tra *danno* vero e proprio, stabilito dalla diminuzione di valore dello stabile, e semplice *disturbo od incomodo*. Nella miglior ipotesi questa distinzione è una mera tautologia. Si parla di incomodi quando si tratta di immissioni che il senso della vita e le necessità della coesistenza impongono di tollerare. Stabilire un taglio netto tra danno ed incomodo è impossibile, e quanto al criterio della diminuzione di valore non è esatto come elemento discretivo tra l'uno e l'altro, non è logico come misura dell'immissione da tollerare o da non tollerare. Tutto può deprezzare la casa, e anche alcuni incomodi non gravi possono rendere disadatti ad usi tranquilli, per esempio, di studio, i piani inferiori della medesima; ma d'altra parte se la necessità impone di tollerare alcune influenze, essa impone egualmente di tollerare in santa pace il deprezzamento che agli stabili ne proviene.

11. La Corte di Parma (v. sopra) considera ben a ragione un motivo non adeguato per escludere ogni ragione di indennizzo la preesistenza dell'officina all'edificio innalzato in seguito che ne subisce le influenze nocive; pure questo momento della *preesistenza* o della *preoccupazione* gode grande favore nella dottrina più moderna e la Corte stessa vi indulge in parte, ammettendo che possa influire sulla misura dell'indennizzo. A noi sembra che sia da ripudiare ogni efficacia a questo criterio, trasportato qui a torto dalla materia del conflitto dei diritti, e che esso, nonostante le corrette apparenze, sia illogico e iniquo nel nostro campo. Nessuna prevenzione dà diritto a considerare come stabili e appropriarsi, in un certo senso, le condizioni che sono al di fuori del nostro dominio. La preoccupazione o prevenzione è largamente considerata dai Romani in tema di danni e incomodi da subire o non subire nei rapporti tra costruzioni vicine, e la cronologia edilizia, per così dire, ha la sua importanza;

ma quando si tratta di costruzioni erette in suolo pubblico poichè precisamente sul suolo pubblico non siamo più nel tema puro dei rapporti di vicinato, bensì nel tema della collisione dei diritti (cfr. L. 2, § 11, § 12, § 14, § 15 e segg., D. *ne quid in loco publico*, 43, 8). La definizione larga del danno che si fa in questa ipotesi: « Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit » non potrebbe assolutamente applicarsi fuori di essa. La vicinanza di uno stabilimento industriale a una villa, come è nella specie sottoposta al giudizio della Corte di Parma, non è mai piacevole, indipendentemente da qualunque immissione che dallo stabilimento provenga. Ci si reca in villa per godere spazio libero, cieli aperti, per ritemprarsi nello spettacolo della quieta natura, non per eccitarsi in quello penoso del lavoro umano: pertanto chi fabbrica una villa accanto ad un'officina preesistente non si può dir certo che mostri umo squisito buon gusto. Ma se immissioni vi sono, cioè se esse sono in guisa molesta sensibili alle persone (giacchè, come io ritenni, per la esistenza dell'immissione, anche di quella diretta, che in niuna misura si deve tollerare, non è alla fisica e ai suoi vibrografi o analoghi strumenti di osservazione, bensì alla sensibilità fisiologica e sociale che dobbiamo guardare), non c'è ragione di valutare diversamente il danno che deriva da queste, se la villa è stata costruita dopo e non prima, ed è un po' forte trovare in colpa chi ha fabbricato una villa nel suo. D'altra parte egli può essere stato indotto a farlo dalla comodità di possedere quel terreno, e anche se lo ha scelto, egli è punito abbastanza per dover subire un tal vicinato, senza che perciò gli sia imposto di doverne subire le immissioni e il danno che ne deriva, oltre la misura che altrimenti sarebbe fissata. Questo solo si deve guardare, che nella valutazione dell'indennizzo si tenga conto della pura e semplice immissione, non già del vicinato e dell'officina per sè, che naturalmente anch'esso deprezza lo stabile, ma lo deprezza solo in relazione alle

condizioni esterne cui non si ha diritto. Poichè in ultima analisi non si ha diritto nemmeno che una villa resti villa. Essa può esser raggiunta e rinserrata dai fabbricati della città che si espande: vero è che di questo fenomeno d'ordinario i possessori della villa saranno gli ultimi a lamentarsi, in quanto, se ne diminuisce l'amenità, ne aumenta per altre ragioni il prezzo venale.

12. Il concetto della *collisione dei diritti* spunta qua e là nelle nostre sentenze ed è per vero una delle forme con cui, per un facile equivoco, con una certa pigrizia mentale, si suol rappresentare nella stessa dottrina il problema dei rapporti di vicinanza. Ma se non si vogliono adoperare i concetti a un doppio uso, se non si vuol correre il rischio, come abbiamo visto sopra, di trasportare in un territorio diverso i criterî che nel loro proprio territorio sono logici e sani, noi dobbiamo schivare questa confusione. Si ha collisione di diritti quando più diritti hanno per oggetto la stessa cosa, come accade nell'uso delle cose pubbliche, come accade nei rapporti svariatissimi della comunione di diritti, comunque la comunione si debba concepire. Qui c'è vero conflitto, qui i varî diritti veramente si urtano, in quanto ciascuno reclama di espandersi sino al confine comune e qui i criterî per risolvere il conflitto sono varî e positivamente stabiliti dalla legge: ora la legge impone che si proceda d'accordo, ora lascia libera l'azione di ciascuno, ma concede la facoltà preventiva di *veto*, ora, come nel pegno e, si può aggiungere, nella riscossione dei crediti, sinchè non si attui una procedura di concorso, concede libero campo alla prevenzione, senza diritto di *veto*, ora accorda la preferenza a chi subisce un danno di fronte a colui che perde un vantaggio, ora mette in rapporto i varî titolari e ricorre al criterio della maggioranza per dirimere il conflitto, ora fa intervenire largamente l'equo arbitrio del giudice.

Ma nel tema dei rapporti di vicinanza ciascuno dei diritti ha una sfera sua propria. Senza dubbio ciascuno dei tito-

lari nell'esplicare in quella sfera la sua attività può sconfinare e penetrare in quella del vicino: ma trattasi allora di reciproca invasione, non di conflitto di diritti. La misura in cui queste reciproche invasioni debbono esser tollerate è un problema che si deve risolvere con criterî logici, non desunti dalle forme varie e positive con cui la legge risolve il conflitto dei diritti. Tuttavia, ripeto, la confusione è agevole, e io ebbi a notare come anche un sommo autore, il Ihering, abbia, con poco vantaggio della logica e della chiarezza, mescolato nella nostra materia testi romani relativi al condominio (v. sopra, *Criterio fondamentale*, n. 7 in fine, pag. 793).

13. Un'osservazione merita la specie presentatasi allo esame della Corte di Catania (v. sopra), perchè mostra quanto sia malagevole isolare il nostro tema. Pure ben delimitare i confini del proprio tema, cioè porre netto e chiaro il problema è già, come ognun sa, fare un gran passo verso la soluzione. In quella specie non trattavasi propriamente di rapporti di vicinanza se non in un senso molto largo e volgare. Le immissioni di polvere che dall'una terrazza si facevano sull'altra, sbattendo tappeti e spolverando vesti, erano immissioni *dirette*, perchè il convenuto senz'altro faceva queste operazioni entro lo spazio sovrastante alla terrazza vicina, avviando direttamente la polvere su questa e, ciò posto, noi abbiamo un'azione e un'invasione diretta, che *in nessuna misura* il vicino è tenuto a tollerare. Anche se i tappeti non venissero punto sbattuti, ma semplicemente stesi sopra un ferro, che sporga dalla terrazza superiore nello spazio sovrastante alla inferiore, il vicino potrebbe querelarsi perchè lo spazio sovrastante è suo. Ma lasciando pure la questione dello spazio sovrastante, è certo che qui non si tratta di polvere, che in conseguenza della pulizia che alcuno faccia nella propria abitazione si espande fuori di essa, bensì di polvere che sin dal principio dell'operazione si avvia sul fondo vicino, evitando il menomo disturbo al proprio.

14. Corretta è pure la sentenza della Corte di cassazione di Napoli, 8 luglio 1913 (1), che conferma una bella decisione della Corte d'appello di Napoli, 10 luglio 1912 (v. sopra, n. 5 in fine), sempre in tema di danno per vicinato industriale. Meritano tuttavia di esser presi in esame alcuni rilievi non esatti della Cassazione alla sentenza della Corte d'appello. In primo luogo questa come criterio per definire i confini del proprio diritto nei rapporti tra vicini aveva adottato la distinzione tra *condizioni interne* ed *esterne* dell'immobile danneggiato. La Cassazione osserva che meglio avrebbe detto condizioni intrinseche ed estrinseche, e in questo io non so vedere che una modificazione di stile, e, a mio avviso, una poco felice modificazione, in quanto le parole *estrinseco* o *intrinseco* hanno un colorito astratto, che non fa al caso, e rendono altresì ambiguo il senso di condizione che con quegli epiteti suole indicare i requisiti di un atto o di un istituto giuridico; ma, soggiunge la Cassazione, la detta formula sarebbe sempre rimasta nel vago e nell'incerto e meglio, a suo modo di vedere, la Corte di merito spiega il suo concetto, riconoscendo con esatto criterio giuridico non esser dovuta nessuna indennità per la perdita dei vantaggi di cui godeva l'immobile gratuitamente, cioè senza un diritto proprio, tra i quali si annovera l'amenità del luogo. Ora il ragionamento della Corte suprema va pre-

(1) Corte di cassazione di Napoli, 8 luglio 1913, Bournique c. Società Ilva: « Nel caso d'impianto di nuova industria devesi conciliare la coesistenza del diritto dell'industriale al libero esercizio della propria industria col diritto del proprietario vicino al pieno godimento della sua proprietà.

« Pertanto non potendosi ammettere allo stato della legislazione e in tema di diritto privato una prevalenza nell'interesse generale della industria, deve l'industriale una indennità in quanto l'industria limiti o menomi i diritti del proprietario vicino, ma l'indennità non può essere estesa alla perdita dei vantaggi di cui il proprietario godeva gratuitamente e senza un diritto proprio, quale, per es., l'amenità dei luoghi, deve essere commisurata al valore attuale del fabbricato, e non può comprendere altre esplicazioni della proprietà o già abbandonate, ovvero non mai esercitate, ed in genere danni puramente potenziali ».

cisamente invertito. Quando si parla di vantaggi, cui non si ha diritto, di cui si fruisce gratuitamente, non solo si rimane allora nel vago e nell'incerto, ma non si dice precisamente nulla, perchè si tratta di stabilire quali siano questi vantaggi, cui non si ha diritto e contro la cui diminuzione non si può nè reclamare, nè chieder risarcimento: la questione è tutta qui. Appunto per rispondervi la Corte d'appello aveva adottato la formula che distingueva tra le condizioni interne e le condizioni esterne. Questa formula separa effettivamente con un taglio netto le immissioni o le operazioni che *penetrano* entro la sfera del mio dominio, come rumori, esalazioni, frane o smottamenti del mio terreno per opere fatte dal vicino, e i danni che io subisco per una modificazione di stati o elementi esteriori, come le costruzioni, i tagli di boschi, le deviazioni di corsi di acqua, le quali cose tutte mi possono toglier luce, aria, frescura e letizia di paesaggio, possono impedire l'affluenza di acque dall'esterno, ma non sottraggono e non aggiungono nulla a quella sfera interna del mio dominio, che delimita effettivamente i confini del mio diritto. Anche il danno alla salubrità dell'aria, prospettato in ipotesi dalla Corte di cassazione, può esser bensì preso in considerazione, ma solo in quanto per effetto dell'industria si fanno penetrare nell'ambiente atmosferico, e quindi anche nel fondo vicino, elementi che ne alterano in modo pernicioso la costituzione. Finalmente se, pur sempre in ipotesi, la Corte suprema dichiara che non si sarebbe potuta negare l'indennità, qualora una vetreria già esistente non avesse più potuto funzionare per la vicinanza dello stabilimento siderurgico, osserviamo che con questa ammissione si viene implicitamente ad applicare quel criterio della preoccupazione che nel nostro campo è fuori di luogo. Che una industria nuova sorgente in un luogo possa danneggiarne un'altra antica, è cosa che appartiene alle eventualità economiche, contro le quali non si ha in generale diritto al risarcimento: potrà anche ucciderla, per fare il caso estremo prospettato dalla

Corte, ossia costringere i proprietari a chiudere lo stabilimento, ma se non si vuol creare un diritto fantastico e soffocare ogni gara industriale, noi non sapremmo in che modo si possa giustificare un indennizzo ai vinti in questa lotta. quando, s'intende, il nuovo stabilimento non alteri precisamente con immissioni o ripercussioni di opere le condizioni interne del vecchio.

15. Non ho considerato insieme con le decisioni precedenti la sentenza della Cassazione di Firenze, 13 febbraio 1913 (1), in tema di danni per l'esercizio della prostituzione nella casa vicina. Benchè sentenza di Cassazione, quindi fondata esclusivamente sul diritto, essa non contiene una motivazione giuridica. Vero è che il punto essenziale — la risarcibilità di tale danno — sembra esser pacifico tra le parti e la controversia aggirarsi unicamente sulla responsabilità del padrone ignaro pel fatto del locatario. Ma per noi è la questione essenziale che dimanda attenzione. Il danno economico degli stabili adiacenti per un tal immondo vicinato è evidente, e dal nostro punto di vista non giova il trattenersi a dimostrare che si può esser responsabili per *non facere* come per *facere*, per fatto proprio o altrui, e invocare testi romani, o generici o estranei. Ma è egualmente *danno giuridico?* Converrebbe provare in qualche modo, sia pure un po' arrampicandosi sugli specchi, che qualche immissione, qualche influenza penetra nella sfera di proprietà del vicino. Certo un simile vicinato non è bello; ed è assai meno tollerabile che non il vicinato di un opificio e più triste che non quello di un camposanto. Ma ci dobbiamo noi ribellare contro il puro e semplice vicinato? Alle condizioni esterne

(1) Corte di cassazione di Firenze, 13 febbraio 1913, pres. Mazzella, est. Cutrone: « Il proprietario di un edificio, in cui si esercita clandestinamente il meretricio, risponde tanto per la *culpa in committendo*, quando abbia autorizzato l'inquilino all'esercizio medesimo, quanto per la *culpa in omittendo*, quando tale esercizio non abbia impedito ».

noi non abbiamo alcun diritto; i riguardi igienici, che pur fanno desiderabile la conservazione di certe condizioni esterne, l'igiene stessa dello spirito, come nel caso presente sono condizioni che debbono essere tutelate dallo Stato. È lo Stato o il Comune che deve impedire o limitare i grattacieli ed esser severo con le case di tolleranza.

Senza dubbio questa sentenza non impensierisce tanto per sè, quanto pel turbamento dei concetti e per le applicazioni analoghe. Tuttavia lo spirito pratico dei giudici, con quella felice inconseguenza, che è la salvezza della vita, è a credere che eviterà di lasciarsi trascinare ad applicazioni analoghe, che non potrebbero, come la presente, aver la propria giustificazione nel sentimento (non diciamo nella tutela) della legge morale (v. anche sopra, n. 8, e *Criterio fondamentale*, n. 6).

16. L'interpretazione lata dell'articolo 574 è pienamente legittima e pienamente riconosciuta dalla nostra giurisprudenza. La disposizione è bensì di natura speciale, ma se questo carattere esclude l'interpretazione analogica, cioè l'applicazione del principio fuori del campo per cui esso è dettato (rapporti di vicinanza), non esclude l'interpretazione estensiva: e la dizione dell'articolo l'appoggia, giacchè essa è manifestamente esemplificativa. Vibrazioni, scotimenti, rumori assordanti sono fenomeni non previsti dalla lettera, ma compresi nello spirito dell'articolo.

La relativa sentenza della Corte di Genova (1) è corretta anche nel valutare le ragioni della proprietà in relazione all'esercizio dell'industria.

---

(1) Corte d'appello di Genova, 24 maggio 1913, Lazzerini c. Andrei: « La disposizione dell'art. 574 Cod. civ. è semplicemente dimostrativa e si applica perciò anche al caso di vibrazioni, scotimenti, rumori assordanti ed esalazioni provenienti dagli stabili vicini.

« L'Autorità giudiziaria può anche in tali ipotesi ordinare l'adozione di misure che siano ritenute efficaci a rendere tollerabile il disturbo, salvo a dare nuovi provvedimenti sull'istanza degli interessati quando queste misure si manifestino insufficienti ».

Osservava la difesa che nell'ambiente di Carrara il rumore del macchinario del convenuto non doveva ritenersi intollerabile nè fuori dell'ordinario: ma la Corte, approvando la decisione del Tribunale, ha creduto di contemperare le esigenze dell'industria con i diritti della proprietà.

E nella specie ha ben deciso: giacchè le molestie contro cui si protestava oltrepassavano, a quel che sembra, i limiti consueti anche nell'ambiente di Carrara, cioè quei limiti che la necessità generale dell'industria carrarese impone di tollerare. Quelle molestie infatti dipendevano in massima parte dall'appoggio di parte del macchinario nel muro comune, e anche se una necessità imponeva tale appoggio pel convenuto, essa non corrispondeva ad un *bisogno generale*, bensì ad una *necessità speciale*, che non può essere presa in considerazione.

17. Tre sentenze (Tribunale di Roma, 27 febbraio 1914; Corte di Bologna, 13 febbraio 1914; Cassazione di Firenze, 18 maggio 1914) (1), contemplano di nuovo la fuoruscita di scorie o scintille da locomotive ferroviarie e i danni conseguenti (v. anche sopra, n. 4).

Nel tema presente è stato spesso mescolato dalle parti il concetto delle responsabilità senza colpa o del rischio inerente all'industria.

---

(1) Tribunale civile di Roma, 27 febbraio 1914, Ferrovie dello Stato c. Vivarelli Colonna: « Il diritto positivo italiano, tranne i casi esplicitamente stabiliti, non ammette responsabilità per danni extra-contrattuali incolpevoli.

« La colpa non si presume e spetta all'attore di darne la prova.

« Applicazione in tema di fuoriuscita di scintille dalle locomotive ferroviarie ».

Corte d'appello di Bologna, 13 febbraio 1914, Ferrovie c. Paglierani: « L'Amministrazione ferroviaria è tenuta a rispondere del danno per incendio, anche se incolpevole, causato da faville sprigionatesi dalle locomotive in corsa ».

Corte di cassazione di Firenze, 18 maggio 1914, Ferrovie dello Stato c. Spiti N. N.: « I proprietari dei boschi precedenti all'apertura della

Anche nelle decisioni che annotiamo il magistrato ha dovuto restituire la purezza dei principî di fronte ai motivi fallaci con cui ragionavano le parti contendenti. Io non credo che il principio della colpa come fondamento della responsabilità sia senza eccezioni positive; quando si parla di finzioni, di presunzioni *iuris et de iure*, di *culpa in eligendo* o *in vigilando*, non si fa in sostanza che mascherare con frasi una responsabilità senza colpa. Ma il vero è che fuori dei casi espressamente sanciti dal legislatore risorge sempre il principio generale che esige la colpa: ed io credo che questo ordinamento, oltre all'essere certamente il regime positivo del nostro Codice, sia da giudicare anche legislativamente il migliore, perchè in tesi generale non giova smorzare il senso della vigilanza ed il sentimento etico della propria responsabilità, trattando alla pari il colpevole e l'innocente; altrimenti, come esclamava un celebre personaggio romano, che non nutriva l'ideale dell'antico Socrate, si renderà preferibile di esser colpevoli.

Purnondimeno nel caso nostro, se per la immissione si deve unicamente stabilire la derivazione e la causalità obbiettiva, pel danno, cioè per l'applicazione dell'art. 1151, si deve apprezzare con cautela speciale la colpa, la quale spesso vi sarà, anche se a prima vista può sembrare esclusa. Non è che l'Amministrazione sia responsabile in ogni caso della fuoruscita, come di un rischio inerente all'industria ferroviaria; ma essa ne è responsabile tutte le volte che nelle condizioni atmosferiche ordinarie la immissione si

---

linea ferroviaria hanno diritto di mantenerli anche a distanza minore di cento metri, con una sola limitazione, la facoltà cioè delle Ferrovie di chiedere l'abbattimento delle piante mercè congruo compenso; all'infuori di ciò le Ferrovie rientrano nella regola generale e debbono rispondere di quei danni che derivano dalla *immissio in alienum* e che avrebbero potuto evitare con l'espropriazione parziale sopra menzionata.

« La distanza prescritta per le piantagioni dei terreni a bosco lungo le vie ferrate, non riguarda le ramificazioni che vengono a germogliare, dopo il taglio, sopra le antiche ceppaie e i vecchi tronconi del bosco già esistente ».

rende quasi inevitabile e il danno possibile. Non è responsabile invece quando concorrano a produrre l'effetto circostanze fuori dell'ordinario, perchè rientriamo allora nel campo delle forze della natura. Siffatta distinzione, che in pratica per vero conduce a unificare l'immissione e il danno, svolsi nella *Rivista di dir. comm.* (1911, II, 218: v. sopra, pag. 843) e la sentenza del Tribunale di Roma vi si conforma pienamente.

18. La sentenza del Tribunale di Savona, 28 febbraio 1914 (1), è relativa alle molestie recate dallo sparo del cannone per segnalare l'ora di mezzogiorno ed applica pur sempre il criterio della tollerabilità normale e, per così dire, oggettiva, escludendo ogni riguardo alla intolleranza soggettiva proveniente dalle particolari e patologiche condizioni del soggetto.

A parte il dubbio sul valore logico del criterio dominante, certo esso è in pratica buono, in quanto nella maggior parte delle applicazioni coincide col criterio che io credo esatto della sensibilità sociale, non fisica, e della necessità. secondo il quale non v'è immissione nè cagione di reclamo là dove dal punto di vista sociale nulla si avverte che penetri nel nostro fondo e viceversa l'immissione deve essere tollerata anche oltre la misura normale, quando essa corrisponde ad una necessità assoluta e generale. Ma nella specie presente la misura della normale tollerabilità mi

---

(1) Tribunale di Savona, 28 febbraio 1914, Viglienzoni c. Municipio di Savona: « È incompetente l'Autorità giudiziaria a provvedere sulla domanda di inibizione dello sparo di un cannone, che un Comune abbia adottato per segnalare l'ora del mezzodì, proposta da un privato che si pretende danneggiato da tale sparo ».

« È competente invece a conoscere della domanda di risarcimento dei danni derivati da quello sparo alle case vicine ».

« Sono risarcibili anche i danni derivati per detta causale alle persone, ma solo quando la molestia dello sparo ecceda i limiti di una ordinaria tolleranza, avuto riguardo alle persone dotate di normale costituzione ».

sembra imporre ai privati un sacrificio non dovuto, che la misura più logica della pubblica necessità può loro evitare. Lo sparo di un cannone nel cuore dell'abitato è un fenomeno abbastanza sensibile, e per quanto transitorio, non privo sempre di molestia; nè mi pare che corrisponda ad una necessità assoluta, tale da passar sopra a qualunque molestia ed imporre alle persone di costituzione organica meno resistente l'obbligo di sloggiare dalle vicinanze.

Che al Comune non si possa inibire l'atto in forza dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, sta bene; ma ch'esso non sia responsabile delle conseguenze, se non quando persone robuste e sane ne risentano nocumento, ci sembra eccessivo, sicchè anche questa specie è tale da far meditare sulla bontà del criterio dominante.

19. La sentenza del Tribunale federale svizzero (1) riguarda l'applicazione di un diritto straniero. Ma siamo in tema che si potrebbe dire di diritto comune. Il Tribunale federale invoca come criterio specifico per valutare la tolleranza o meno di rumori la destinazione dei luoghi a stazione di cura climatica, che esige quiete e riposo, specialmente nelle ore notturne. Ciò par corrispondere al mio concetto della necessità, limitata anche ad una regione, come fondamento di una tolleranza obbligatoria; ma il rapporto è nella specie invertito. Non si tratta di imporre la tolleranza di immissioni o influenze che provengano dai fondi destinati a luoghi di cura, in quanto la destinazione

---

(1) Tribunale federale svizzero, 5 febbraio 1914, Ziltener c. Hongger: « Il proprietario di un fondo può far cessare le immissioni nocive provenienti da un fondo vicino con agire non solo contro il proprietario di questo, ma anche direttamente contro l'affittuario del medesimo.

« La tollerabilità dell'eccesso pregiudizievole nell'esercizio del diritto di proprietà dev'essere valutata in base alla situazione e destinazione dei fondi ed all'uso locale.

« Nella specie, è rumore intollerabile per il riposo notturno degli ospiti di un albergo di una stazione climatica le grida di pavoni, tacchini e faraone, posti nel parco di un albergo vicino ».

rappresenta una industria *generale* della regione, ma di escludere a favore di essi influenze ed immissioni da parte dei fondi finitimi. Ora è ciò lecito, anche se i vicini si tengano entro quella misura che sarebbe altrimenti da tollerare? A me non pare: che una industria necessaria e generale possa imporre una necessaria, generale e di regola anche reciproca tolleranza è logico, ma che, senza limiti positivi, essa restringa i diritti dei cittadini, di guisa che questi non possano più fare quel che altrimenti avrebbero libera facoltà di fare, è veramente eccessivo.

Nella specie peraltro la decisione del Tribunale è giusta, ma per un diverso motivo che manifesta di nuovo come il criterio dell'uso normale non sempre risponda bene: ed è che le molestie risentite (grida di animali che turbavano il riposo notturno e costringevano gli ospiti ad abbandonare l'albergo) non si dovevano in nessun modo tollerare, anche all'infuori della destinazione dei luoghi a stazioni di cura e delle condizioni patologiche degli ospiti. Il tenere animali da cortile rumorosi e molesti è una industria e le molestie che da ogni industria derivano non devono essere tollerate se non nella misura in cui essa rappresenta una necessità generale.

20. La sentenza del Tribunale di Milano, 14 luglio 1914 (1), presenta un'ipotesi complessa di rapporti obbligatori e rap-

(1) Tribunale di Milano, 14 luglio 1914, Costa c. Canesi e Società Celle refrigeranti Vismara: « Contravviene all'obbligo di mantenere la casa locata ad uso di civile abitazione il locatore che affitta i locali sottostanti ad uso di « garage » per automobili, rendendo impossibile la normale tranquillità e il conveniente riposo degli inquilini.

« Le molestie di fatto da parte di terzi quando dipendono dalle condizioni d'ambiente in cui si trova la casa locata ne costituiscono veri e proprî vizî, dei quali deve rispondere il locatore.

« Il vicino che ha adibito il proprio stabile ad una destinazione dannosa per la proprietà confinante è tenuto a risarcire i danni.

« E cioè anche quando l'industria sia da lui esercitata conformemente ai regolamenti e gli inconvenienti siano conseguenza necessaria dell'industria stessa.

porti di vicinanza. I due reclami peraltro sono ben distinti e non si debbono mescolare l'uno con l'altro. Per quel che concerne il rapporto obbligatorio, cioè la garanzia del pacifico godimento della cosa locata conforme alla destinazione, agli usi e alle convenzioni strette tra le parti, noi non abbiamo se non un'applicazione dei principî generali riassunti nell'art. 1124 del nostro Codice civile. Quando i locali affittati non erano in condizione di servire all'uso di civile abitazione a cagione del vicinato rumoroso, e il proprietario ha taciuto queste condizioni, egli risponde per inadempienza, provengano i rumori e gli odori pestilenziali dal fatto suo proprio o dal fatto altrui. Ma se l'inquilino avanza reclamo sulla base dei rapporti di vicinanza, allora egli può querelarsi indipendentemente così contro il locatore proprietario dell'edifizio, che affitta i locali sottostanti ad uso di *garage* per automobili, come contro l'esercente lo stabilimento finitimo, da cui proviene l'altra fonte di rumore, o il proprietario dello stabile, in cui esso alla sua volta ha sede. Nell'un caso e nell'altro il criterio da noi svolto dà ragione alle querele dell'inquilino, sia contro il proprietario locatore, sia contro il vicino, poichè un'industria qualunque, salvo che essa non costituisca industria generale ed essenziale in una data regione, non può imporre come necessità assoluta e generale la tolleranza delle immissioni che da essa provengano.

21. La sentenza della Corte d'appello di Brescia, 17 marzo 1914 (1), relativa al danno economico che all'edifizio deriva

« L'Autorità giudiziaria non ha facoltà di inibire al vicino l'esercizio di un'industria che sia esercitata secondo i regolamenti: può soltanto condannarlo al risarcimento dei danni risentiti dalla proprietà confinante ».

(1) Corte d'appello di Brescia, 17 marzo 1914, Chesi c. Polver: « Il proprietario che costituisce un deposito di esplodenti, ottemperando alle disposizioni regolamentari, non è tenuto a risarcire il proprietario del fondo vicino per la diminuzione d'appetibilità di questo causata da tal vicinanza ».

dalla vicinanza di un deposito di esplodenti, a cagione dei timori non infondati che una tale vicinanza ispira, offre argomento di meditazione, ma più *de iure condendo* che *de iure condito*.

Non vi ha nella specie nè immissione, nè danno risarcibile; nulla penetra nel mio fondo e in niun modo è alterata la sostanza di esso. Siamo nel novero di quelle che io designo col nome di *condizioni esterne*, in ordine alle quali non si ha diritto nè per la conservazione, nè per la rimozione, perchè sono fuori della sfera del mio dominio; e quando alcuno abbia ottemperato ai regolamenti e a tutte le prescrizioni dell'Autorità, quando non incorra nei termini dell'art. 574, il vicino non ha diritto di muover querela. Si può domandare soltanto se pel danno temuto si abbia diritto a garanzia, e se, verificandosi il danno, si presuma la colpa. L'una cosa e l'altra nel diritto moderno è da negare. Le presunzioni di colpa sono espressamente sancite e il nostro caso non vi rientra. Quanto al danno temuto, è ben difficile far rientrare la specie nei termini dell'art. 699, e la cauzione ordinata da questo articolo è una ben povera cosa, riducendosi ad una delle consuete garanzie contro l'insolvibilità del vicino. Ben diversa era la posizione delle cose nel diritto romano, ove la *c. d. inf.* sanciva nei rapporti di vicinanza effettivamente una responsabilità senza colpa, e non si riferiva unicamente alla figura tradizionale e scolastica dell'edifizio che minaccia ruina, bensì ad ogni attività legittimamente esercitata sia nel proprio fondo (*facere in suo*), sia nel fondo altrui (*facere in alieno*), sia sul suolo pubblico (*facere in publico*).

L'istituto della cauzione di danno temuto è stato alterato in guisa che non serba più che il nome del suo modello romano. Ma più grave ancora è la mutilazione da esso sofferta. L'economia romana anche nell'età imperiale rappresenta certamente una fase più arcaica rispetto all'economia odierna della grande industria, a datare dal secolo XIX, che ora fa luogo alla grandissima industria. Ma è doveroso con-

statare che i nostri Codici sono talora in arretrato sulla fase rappresentata dal diritto romano.

22. Il tema dei rapporti di vicinanza è di quelli in cui la giurisprudenza ha regolarmente, salve lievi oscillazioni, seguìto la diritta via, tenendosi lontana dalle aberrazioni della dottrina o almeno dalle maggiori aberrazioni; e veggo con piacere che ora anche il ragionamento e la motivazione delle sue decisioni hanno l'impronta di una logica giuridica severa e sicura, mentre qualche rappresentante della dottrina, per non parer da meno, continua a sragionare. Io ho fissato in uno scritto speciale ed applicato in varie note un principio che giudico di logica intuitiva e che è certamente assai semplice a valutare e penetra ora nella giurisprudenza. Premessa essenziale, inerente alla struttura della proprietà, non all'indagine sui rapporti di vicinanza, è che il diritto di ciascun proprietario si estende sino ai confini del proprio fondo, che egli è signore entro questa sfera interna, ma che non ha diritto alcuno a quelle che io chiamo *condizioni esterne*, alla sfera esterna in generale. Certo l'ordinamento positivo, tenendo conto dei bisogni sociali, come da un lato stabilisce limitazioni al diritto del proprietario nella sua sfera interna in pro dei vicini o degli estranei in generale, riconoscendo a costoro in via eccezionale delle facoltà sul suo fondo, così accorda al proprietario a quando a quando la facoltà di irradiare al di fuori del suo fondo o di proibire ciò che avviene al di là dei suoi confini. Ma, salvo queste eccezioni, la logica è semplice: il proprietario non è tenuto a tollerare nessuna immissione interna, non ha diritto, viceversa, di esercitare alcuna invasione o irradiazione esterna.

Qui comincia, e non prima, il problema dei rapporti di vicinanza. La vita sociale sarebbe impossibile entro così rigide maglie. La mia soluzione è nei termini essenziali la seguente: il proprietario deve tollerare le immissioni che sono opera della natura o della necessità vera, cioè

necessità assoluta e generale, che si equipara alla natura; viceversa, egli può irradiare al di fuori la sua attività, sempre quando ciò dipenda o dalle forze naturali, che agiscono nel suo fondo (cioè quando non si tratta propriamente di un'attività sua), o dalle leggi della necessità.

La sentenza della Corte di Firenze, 29 dicembre 1914 (1), riguarda l'infiltrazione di acqua marina, che ha prodotto inquinamento dei pozzi nel fondo contiguo. L'infiltrazione era opera della Società Alti Forni di Piombino, cioè di uno stabilimento industriale.

I difensori della società avevano, pare, messo in azione tutte le armi, vecchie e nuove, della dottrina relativa ai rapporti di vicinanza: non v'è *intento emulativo*, non vi è *colpa* da parte della società, che si è attenuta rigidamente alle norme regolamentari dell'Autorità amministrativa, si è nel campo dell'*uso normale*, dato l'ambiente industriale in cui lo stabilimento si trova, e infine l'estrazione di acqua salmastra è richiesta dalle *necessità* della propria industria; il danno che subisce il fondo vicino per l'inquinamento dei pozzi, è un danno fatale, paragonabile a quello che deriva dal deprezzamento per sottrazione di luce, aria, prospetto. Ben a ragione la Corte rileva la netta separazione tra sfera interna e sfera esterna. E questo rilievo basterebbe a eliminare l'applicazione dei primi due criterî invocati: invero, anche se l'intento emulativo o la colpa non fossero concetti erronei, perchè chi è veramente nella sfera del proprio diritto può respingere qualunque indagine sulle intenzioni con cui ne usa, essi sarebbero qui fuori di

(1) Corte d'appello di Firenze, 29 dicembre 1914, Società Alti Forni di Piombino c. La Magona: « Il proprietario di uno stabilimento industriale è tenuto a risarcire i danni derivati ad uno stabilimento contiguo dalla infiltrazione dell'acqua marina che il primo stabilimento estragga in gran copia dal mare per la necessità della propria industria.

« Nè vale a sottrarlo da tale responsabilità la circostanza che nell'impianto della sua industria egli si sia attenuto alle norme regolamentari dell'Autorità amministrativa ».

luogo, perchè nella specie non si tratta di un'attività esercitata nella sfera interna, nell'àmbito del proprio diritto, vale a dire entro i confini del proprio fondo, bensì di una attività che si espande al di fuori, ed è quindi in linea di principio illecita, siavi o non siavi intento maligno o colpa. Quanto al criterio dell'uso normale esso è pratico e nella maggior parte dei casi conduce ad applicazioni buone; ma non è logico ed è quindi in talune specie insidioso, e questa è precisamente una delle specie, che ne mostrano l'insidia. Nella vita ordinaria all'uso normale risponde in generale una normale tollerabilità, nell'industria invece, e sovrattutto nella grande industria, può essere uso normale ciò che apporta una molestia così esorbitante da rendere intollerabile il vivere ai vicini. L'ultimo criterio invocato parrebbe corrispondere al nostro pensiero; ma non è vera necessità quella che non si riferisce a tutto il popolo, bensì ad una speciale industria o ad una speciale coltura.

23. La sentenza della Cassazione di Firenze, 18 maggio 1914 (1), contempla di nuovo il caso della fuoruscita di scintille da una locomotiva con incendio dei boschi attigui. Noi

(1) Corte di cassazione di Firenze, 18 maggio 1914, Ferrovie dello Stato c. Spiti: « Il caso fortuito si concreta in un fenomeno del tutto accidentale e indipendente da ogni volontà e previsione.

« La immissione *in alienum* costituisce lesione del diritto altrui, colpa aquiliana.

« I proprietari dei boschi preesistenti all'apertura della linea ferroviaria hanno diritto di mantenerli anche a distanza minore di cento metri, salva la facoltà della Ferrovia di chiederne l'abbattimento mercè congruo compenso.

« Ma se la Ferrovia di questa facoltà non usa, e dalla locomotiva si sprigionano scintille che incendiano il bosco, la Ferrovia è in colpa e deve risarcimento.

« Surrogazione di piante, siepi, boschi, agli effetti dell'art. 73 legge opere pubbliche, si ha quando si avvera il fatto positivo dell'uomo nel seminare o trapiantare.

« E pertanto il diritto di surrogazione in quell'articolo disposto, non trova applicazione nel caso di albero nato da seme caduto naturalmente da matricine rispettate nei tagli periodici ».

abbiamo già considerato innanzi questa specie e stabilito il criterio che, a nostro avviso, la regola (v. sopra, n. 4 e 17). Il mio pensiero è che il vicino deve tollerare le conseguenze che si riportano in modo assoluto ad un evento naturale; deve quindi rassegnarsi al danno, allorchè la scintilla è stata portata nel fondo vicino da un vento improvviso, impetuoso, non è tenuto invece a sopportarlo, allorchè la scintilla vi è trasportata a quando a quando anche nelle condizioni atmosferiche ordinarie, nelle alterazioni più comuni e prevedibili, perchè qui entra in campo direttamente il fattore umano.

Un evento naturale straordinario può trasportare nel fondo vicino o nella strada pubblica, che è lo stesso, anche il fumo e le fiamme del mio camino, le tegole, le imposte strappate; io non sono responsabile di qualunque ruina, che ne segua.

24. La sentenza della Cassazione di Torino, 18 febbraio 1915 (1), contempla un caso più delicato: il deprezzamento del fondo per la vicinanza di un deposito di esplodenti, dato il timore che suscita la possibilità di eventuali scoppi e conseguenti disastri. La Corte ha escluso, e rettamente, ogni diritto al risarcimento, quando il proprietario dell'impianto si è debitamente attenuto alle prescrizioni dell'articolo 574. A prima vista ciò sembra in contraddizione col concetto più volte ribadito che l'obbedienza alle prescrizioni dell'Autorità (e in questo novero può rientrare anche l'obbedienza alle prescrizioni imposte dall'Autorità giudiziaria, secondo il tenore dell'articolo 574) non elimina la responsabilità per l'immissione e per il danno.

Ma qui non si tratta nè di immissione, nè di danno giuridico, perchè il deprezzamento proviene da condizioni

(1) Corte di cassazione di Torino, 18 febbraio 1915, Polver c. Chesi: « L'investito di regolare concessione di tenere un deposito di esplosivi non è tenuto ai danni verso il vicino pel deprezzamento del costui fondo fabbricabile ».

esterne, che rendono poco tranquillanti, se si vuole, specialmente agli spiriti più impressionabili, come usa dire, la dimora nella casa attigua, non già da un'invasione nella sfera interna, che è la vera sfera del mio dominio (v. anche sopra, n. 21).

25. Nel tema dei rapporti di vicinanza una serie di complicazioni possono intervenire per la mescolanza della pura vicinanza coi rapporti di comunione e della responsabilità per invasione dell'altrui colla responsabilità nascente da rapporti obbligatorî diversi.

La sentenza del Tribunale di Avellino, 7 gennaio 1915 (1), contempla per l'appunto dei rapporti di comunione. Qui la questione è turbata per il fatto che il concetto dell'immissione nell'altrui propriamente sparisce nei rapporti colla cosa comune, in quanto ciascuno è egualmente proprietario di essa. Nel condominio si applica rettamente il criterio dell'uso normale, concetto illogico nei veri e proprî rapporti di vicinanza, che è qui al suo giusto posto appunto perchè l'esercizio del proprio diritto in qualunque forma non si può rifiutare a niuno dei condomini, ma soltanto si deve provvedere che l'uso di ciascuno non ecceda limiti che rendano possibile l'esercizio del diritto da parte degli altri condomini. La celebre L. 19, D., 8, 2, tante volte invocata come la più bella enunciazione e ricognizione del principio dell'uso normale, è relativa precisamente ad un muro comune. La decisione del Tribunale di Avellino nega la prescrizione trentennale e l'applicazione in generale della disciplina delle servitù per regolare l'immissione del fumo attraverso un foro praticato nel muro comune; e giustamente, perchè la cosa tenuta in condominio è propria di

---

(1) Tribunale di Avellino, 7 gennaio 1915, Ruotolo c. Tolaro: « Per regolare l'immissione del fumo attraverso un foro, praticato sia pure da oltre trent'anni, che rechi danno al proprietario della finestra soprastante, si applicano le norme concernenti il condominio, e non quelle relative alle servitù ».

ciascun condomino, nè si può aver servitù sulla cosa propria. La celebre massima *nulli res sua servit* è formulata dai Romani per l'appunto in tema di condominio, ove potrebbe sorgere qualche dubbio (L. 26, D., 8, 2).

26. La sentenza della Corte d'appello di Milano, 16 febbraio 1915, e la sentenza della Cassazione di Torino, 19 dicembre 1914 (1), riguardano immissioni e molestie di vario genere sofferte in uno stabile tenuto in affitto: penetrazione di pulviscoli nocivi o in genere di rumori e polvere da un lato, e dall'altro disgusto per la vista di pannolini sciorinati dai coinquilini e per subaffitto di letti esercitato di notte da un coinquilino. Ora qui conviene distinguere.

---

(1) Corte d'appello di Milano, 16 febbraio 1915, Clerici c. Perego: « Il proprietario di uno stabilimento che arrechi danno al fondo vicino con immissione di pulviscoli nocivi è tenuto al risarcimento, anche se egli abbia ignorato le proprietà nocive delle emanazioni del suo stabilimento.

« Chi soffre ingiuria per fatto altrui è tenuto dal canto proprio ad usare la normale diligenza per limitare gli effetti dannosi che potrebbero derivarne.

« Il conduttore di un fondo che risenta danno da immissioni del fondo vicino ha azione propria e diretta per domandare, oltrechè l'indennizzo, che sia anche rimossa la causa del danno ».

Corte di cassazione di Torino, 19 dicembre 1914, Pellegrini contro Maiorca: « Il conduttore di un appartamento in una casa che per essere posta in una via distinta o per l'alto prezzo degli affitti deve ritenersi di civile abitazione, ha diritto al godimento dell'appartamento medesimo, non solo materiale, ma in conformità al decoro e alle civili consuetudini.

« Costituiscono turbative del pacifico godimento di una casa di civile abitazione:

« *a*) la vista di pannolini sciorinati da coinquilini a qualunque ora del giorno sulle ringhiere adiacenti alla scala;

« *b*) il rumore e la polvere della battitura di tappeti fatta da coinquilini in ore non consentite dal regolamento comunale;

« *c*) il subaffitto di letti praticato notte per notte da un coinquilino. Il locatore risponde a sensi dell'art. 1575, n. 3, Codice civ., delle turbative recate ad un inquilino da un altro inquilino in forza dei diritti conferiti a quest'ultimo dal contratto stipulato col comune locatore ».

Nei rapporti col proprietario-conduttore qualunque molestia dà diritto a querela, purchè si possa ritener compresa entro i termini del contratto; e certamente se la casa è stata data in affitto in un quartiere distinto, ad uso di civile abitazione, anche le molestie prodotte dalle abitudini popolaresche dei vicini possono dar luogo a rivolgersi contro il proprietario-conduttore: ma per rivolgersi contro il vicino conviene che sia lesa o invasa la nostra sfera interna (v. anche n. 20).

27. La separazione della sfera interna ed esterna applicata da varie Corti (v. anche la sentenza della Corte d'appello di Firenze, 29 dicembre 1914) io trovo oppugnata in una breve nota apposta a firma C. alla sentenza della Cassazione di Firenze, 28 dicembre 1914 (1), *Foro veneto*, in tema di deprezzamento per la perduta amenità del paesaggio o per vicinanze e vedute lugubri che siano fuori del mio fondo. L'annotatore osserva: « Che questa distinzione risponda al regime dei rapporti di vicinanza in diritto romano non discuto: ma che debba adottarsi anche in diritto italiano mi pare che, malgrado l'autorità del B. e della Cassazione di Firenze, sia ancora da dimostrare. In particolare, la Corte, nella sentenza che annoto, fa delle

(1) Corte di cassazione di Firenze, 28 dicembre 1914, Marinoni c. Comune di Vicenza: « Il proprietario di un fondo, in prossimità del quale viene costruito un pubblico lazzaretto senza che egli subisca espropriazione alcuna, può chiedere, se ne ricorrono i presupposti, risarcimento di danno in base al diritto comune, non in base alla legge sulla espropriazione per pubblica utilità.

« La immissione e la propagazione di sostanze da un fondo ad un altro sono immodiche e quindi illecite quando agiscono ed influiscono direttamente sulla sfera interna dell'altrui dominio: onde non è risarcibile la perdita delle condizioni esterne della proprietà, ma solo la perdita, modificazione o alterazione delle condizioni interne.

« Non è perciò indennizzabile il deprezzamento di un immobile per la perduta amenità del paesaggio, per la perdita della qualità fabbricabile del suolo; o della facile viabilità, o per la vicinanza o veduta di un cimitero, di un ospedale o d'altro lugubre edifizio ».

affermazioni dommatiche piuttosto che dei ragionamenti ». Ora, veramente, la distinzione tra sfera interna e sfera esterna non è punto un criterio regolatore dei rapporti di vicinanza, ma una nozione elementare, che deve essere assunta come punto di partenza e nel diritto romano e nel diritto civile e in qualunque diritto riconosca la proprietà individuale. L'annotatore, il quale, nel seguito, enuncia alcune frasi alquanto ingenue sul modo di impostare la questione, non ha, nel tema presente, una chiara visione del punto veramente in questione, sia nel diritto romano, sia nel diritto civile.

La Cassazione, come in genere le Corti, ragionano brevemente e lucidamente. Quasi in ciascuna delle stesse sentenze che annoto si trova, in una forma o nell'altra, ribadito il principio che ciascuno può querelarsi per ciò che invade il suo fondo, ma invadere la sfera altrui, proibire o limitare l'esercizio di un'attività nel fondo altrui, quando essa non penetra nel mio fondo, non può essere lecito se non *in base a positive limitazioni, che soltanto per legge si possono introdurre.*

La Cassazione non merita pertanto l'accusa ad essa rivolta. È invece l'annotatore che tenta di soverchiare principî semplici e chiari con pure affermazioni dommatiche. Il discorso merita di essere riferito integralmente: « La questione, mancando una norma espressa di legge, dovrebbe essere risoluta con l'analogia, e precisamente con l'*analogia iuris*, cioè coi principî generali del diritto. Ora, questi principî, tutti sanno, non sono affatto i puri principî del diritto romano. La concezione del diritto di proprietà ha subìto, dall'epoca romana in qua, una profonda trasformazione, o almeno un notevole spostamento: c'è una serie di facoltà che il diritto positivo non concede più al proprietario a cagione delle mutate condizioni sociali. Il diritto di proprietà diventa sempre meno lo *ius abutendi*. Perchè questa trasformazione non può avere influito anche sul regime dei rapporti di vicinato? Ecco come, secondo me,

la questione dovrebbe essere impostata. È un fatto che l'evoluzione moderna dell'ordine giuridico, in ragione della aumentata solidarietà o coesione sociale, presenta una sempre maggiore limitazione dei diritti reali. Se di questo spirito della nostra legislazione si tiene conto, può essere che la distinzione tra condizioni esterne e condizioni interne del dominio appaia *irragionevole*, o, almeno, *superata* ».

Ragioniamo brevemente per ristabilire dinanzi a questo sfolgorìo di frasi vane e vaghe di un uomo ricco di fantasia, ma non altrettanto di riflessione, la verità dei concetti. I principî supremi della proprietà sono gli stessi nel diritto romano e nel diritto civile, perchè anche noi riconosciamo la proprietà individuale coi suoi confini netti e sicuri. Il sistema delle servitù, il sistema delle limitazioni del dominio mostrano che la posizione del proprietario è la stessa: se egli vuole invadere, irradiare al di fuori, deve averne facoltà espressa dalla legge, ovvero accordarsi col vicino. C'è, se si vuole, una serie di facoltà che il diritto positivo non concede più al proprietario (l'espressione non è felice; meglio sarebbe dire: in cui stabilisce dei limiti) per le nuove condizioni sociali, come ce n'era, viceversa, delle altre che venivano limitate dal diritto romano e non lo sono più dal nostro legislatore: in talune parti, anzi, come nel regime della cauzione per danno temuto, il diritto romano, convien dirlo, disciplina i rapporti tra fondi vicini con maggior criterio di socialità e di praticità che non il legislatore nostro.

Ma tutto questo riguarda appunto la disciplina eccezionale delle limitazioni: il concetto, cioè l'ordinamento generale della proprietà, non è trasformato o spostato. Che il *ius abutendi* (frase imprudente dei dottori, che, giova ricordarlo, non è nelle fonti romane più di quel che sia nei Codici moderni) sia scemato nel diritto moderno, che « l'aumentata solidarietà o coesione sociale » abbia prodotto nel diritto moderno una « maggior limitazione dei diritti reali », io, che conosco un poco i due diritti, specialmente in questo

argomento, non oserei affermarlo con sicurezza, almeno di fronte al diritto giustinianeo, perchè questo diritto è tutto impregnato nella nostra materia di riguardi sociali e umani e contiene limitazioni financo strane per noi; dall'altra parte, così nel diritto giustinianeo, come nel diritto classico, giova tener presente che un grandissimo numero di limitazioni è sancito nei diritti o negli usi regionali e negli statuti dei Municipî, cui si accordava un'autonomia assolutamente ignota e sorprendente per noi moderni. Ad ogni modo il punto non rileva, perchè, sia ricco o povero il regime delle limitazioni, trattasi pur sempre di una disciplina eccezionale e positiva.

La legge potrà vietare l'uccisione dello schiavo col motivo notissimo che l'interesse dello Stato esige che niuno abusi della cosa sua; ma negare che in linea di principio, cioè in ogni altro oggetto, lo stolto o l'iracondo possano liberamente distruggere la cosa propria o valersene in forma antisociale è negare la luce del sole. Il legislatore moderno, come il romano, ha avuto fede nella libertà, nella coincidenza dell'interesse individuale e sociale, nelle armonie economiche; anzi, il Codice francese ed il nostro son nati quando questi concetti, che erano mere tendenze pratiche presso i Romani dell'êra classica, avevano conquistato il più bell'assetto teorico e correvano trionfali in tutta Europa. Quesnay e Adamo Smith sono stati i veri, i grandi propulsori della resurrezione sostanziale del diritto romano nella vita economica e sociale del secolo XIX.

Se pertanto l'ordinamento generale della proprietà è identico nel diritto romano e nel nostro, se il regime della proprietà individuale non è stato ancora abolito, il problema dei rapporti di vicinanza si pone negli stessi termini, come si pone negli stessi termini il problema della estensione della proprietà al di sopra e al di sotto del suolo, cioè in quelle direzioni in cui non esistono netti confini. Che la distinzione elementare e preliminare tra condizioni esterne e condizioni interne del dominio sia *irra-*

gionevole o superata, è un'asserzione stupefacente e davvero irragionevole.

D'altra parte, la ricerca non è questa; si tratta di stabilire precisamente sino a qual punto, malgrado i confini della proprietà, sia lecito irradiare al di fuori, nella sfera esterna, cui non si ha diritto, e sino a qual punto, viceversa, si debba tollerare influenze straniere al di dentro, malgrado il rispetto della sfera interna, e al di là delle limitazioni positive, che accordano l'esercizio di facoltà sul fondo altrui. Come io abbia risoluto il problema, fondandomi sopra un principio generale di diritto, quale è quello della vera ed assoluta necessità, non istarò qui a ripetere.

L'annotatore citato non prende di mira questo concetto, ma invoca, in termini assai vaghi, l'*analogia iuris*. Su che base? Vuole forse ampliare coll'analogia la sfera delle limitazioni del dominio? Ogni limitazione è una norma positiva, eccezionale; si potrà applicare l'interpretazione estensiva, ma non l'analogia.

Vuol egli costruire, mediante l'analogia, uscendo dalla proprietà, un limite generale a qualunque diritto? Crede egli che la necessità non sia un limite sufficiente? e quale altro limite generale intende costruire? *Nimis urgeo;* in realtà, ad un problema, ove molti hanno recato vigilie di pensiero, l'annotatore si è accostato con frasi di prammatica e linguaggio, diremo, un po' ardito. Il vero è che altro limite generale, all'infuori della necessità, non si può costruire e non si deve, a mio avviso. nemmeno creare dal legislatore, in omaggio ai principî di libertà e di sana economia. Il vero è che le limitazioni già fissate non sono suscettibili, ripeto, di analogia, e qui veramente è il campo in cui la lacuna legislativa è apparente, in cui, vale a dire, non si deve *stabilire un limite* all'azione privata mediante l'analogia, ma riconoscere *la libertà dell'agente*, perchè così vuole il legislatore.

Il deprezzamento del mio fondo, che procede da opere che il vicino faccia nel suo fondo, senza invadere menoma-

mente la mia proprietà, nè con immissioni, nè con operazioni, senza alterare menomamente, diciamolo pure, le condizioni interne del mio fondo, è un deprezzamento che non avviene per causa antigiuridica, per fatto lesivo del mio diritto, e si deve subire *aequo animo* dal danneggiato. La legge nostra, ch'io sappia, non stabilisce alcuna limitazione per garantire l'amenità e la letizia del paesaggio, come fa, nell'epoca post-classica, la legge romana (che l'annotatore stima tanto meno pregna di spirito sociale) relativamente alla vista del mare o dei monti; ma quando pure alcune leggi ne stabilissero, queste, come leggi restrittive del libero esercizio dei diritti, come leggi di eccezione, non potrebbero estendersi « oltre i casi e tempi in esse espressi » (Art. 4 disposizioni preliminari Codice civile). Una prescrizione relativa ai luoghi di tolleranza non potrà essere applicata ai ricoveri pei ciechi o i mutilati della nostra guerra, per quanto l'occhio e lo spirito sieno turbati da entrambi gli spettacoli e il mio fondo possa ben essere egualmente deprezzato da un vicinato tristo o triste.

28. Un altro annotatore, che per singolare coincidenza firma egli pure le sue poche righe nella *Temi lombarda* (VIII, 322, n. 2) con un C., si esprime con una certa imprudenza in tema di colpa.

La Corte d'appello di Milano, nella sentenza 16 febbraio 1915 (v. sopra), ha incidentalmente, e senza fondarvi su la decisione, formulato la massima che chi soffre ingiuria per fatto altrui è tenuto dal canto proprio ad usare la normale diligenza per limitare gli effetti dannosi che potrebbero derivarne. Nella specie, il proprietario del fondo in cui venivano immesse sostanze nocive ai buoi non deve continuare a somministrare agli animali erbe dalle medesime inquinate, una volta che abbia scoperto le proprietà venefiche delle sostanze, o altrimenti è tenuto a sopportare il maggior danno che egli avrebbe potuto evitare. L'annotatore impugna questa massima. Non è lecito, a suo avviso,

creare un caso di colpa a carico di chi, danneggiato, si mantiene inattivo e non opera per rimuovere o diminuire le conseguenze della colpa altrui. Perchè ricorra colpa, egli osserva, è necessario un fatto che sia giuridicamente illecito, che, cioè, mentre non sia la conseguenza del legittimo esercizio di un diritto, leda il diritto altrui. Ora, qual disposto di legge (egli si domanda) o qual principio generale di diritto fa assurgere a colpa il fatto del danneggiato che non agisce per diminuire, a favore del danneggiatore, le conseguenze del fatto dannoso?

È notevole come un annotatore sia così largo in materia di rapporti di vicinanza, un altro così rigido in tema di colpa, poichè lo stesso impulso sentimentale che fa creare limiti e responsabilità a carico del vicino, il quale, entro i confini del suo fondo, esercita un'attività che induce deprezzamento del mio fondo, dovrebbe far repugnare il losco contegno di chi cresce, eventualmente a dismisura, il proprio danno, per aggravare la responsabilità del vicino, sia con azioni, sia con omissioni colpose; ma forse l'annotatore della *Temi lombarda* ha temuto di cedere a un impulso sentimentale. In realtà, peraltro, non è da ricorrere al dubbio aforisma *malitiis non est indulgendum*, perchè i principî giuridici positivi ci offrono la soluzione. Non è esattissimo il dire che è necessario un fatto giuridicamente illecito perchè ricorra colpa; il fatto giuridicamente illecito è necessario perchè si abbia danno vero, cioè danno giuridico, perchè ricorra, insomma, *l'altro elemento* dell'atto illecito. Chi compie un'azione o un'omissione sul proprio fondo, coscientemente, è bene in colpa e non può essere indennizzato, perchè *qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur*. Che questa azione o questa omissione sopraggiungano per aggravare il danno già prodotto da altri, ciò non rileva: il di più è un danno che alcuno sente per sua colpa.

I giureconsulti romani confermano largamente questi concetti. Niuno meno di me ha il feticismo dei principi

romani: ho dimostrato spesso che lo spirito dei nostri istituti concreti è mutato e che non giova ricorrere ai principî o almeno a certi principî fondamentali del diritto romano. Ma precisamente in tema di proprietà e di rapporti di vicinanza, in tema di colpa, i principî generali di diritto cui dobbiamo ricorrere, anche all'infuori dell'art. 3 disp. prel., ci riportano al diritto romano.

Come non è risarcibile il danno nella misura in cui è compensato dal vantaggio che lo stesso atto lesivo reca al danneggiato, così non è risarcito quando esso era evitabile, cioè quando a produrlo ha concorso anche la colpa *in faciendo* o *in non faciendo* del danneggiato. Ciò si applica, nonostante il carattere di pena che ha quivi nel diritto romano il risarcimento, anche al danno extracontrattuale, ove scendiamo in parte nel terreno dell'odierno diritto penale.

Uno schiavo passa traverso un campo di tiro durante l'esercizio ed è ferito. Non vi è responsabilità aquiliana *quia non debebat per campum iaculatorium iter intempestive facere* (L. 9, § 4, D., 9, 2). Un barbiere si colloca in un luogo dove si giuoca al pallone, ed uno schiavo si mette nelle sue mani; se lo schiavo è ferito, non si può farne colpa ai giuocatori, bensì al barbiere, ma si può eliminare anche la responsabilità di questo, considerando la colpa dello schiavo che si è affidato a lui in quel posto (L. 11 pr. *eod.*). Uno schiavo è stato ferito, ma più che dalle ferite la sua morte è stata prodotta dalla negligenza del padrone, dall'omissione di cure; il feritore non è responsabile di uccisione (L. 30, § 4; L. 52 pr. *h. t.*).

Si sono scavate delle fosse per prendervi orsi e cervi, e vi sono caduti invece oggetti dei passanti, che sono andati guasti. Se l'autore delle fosse le aveva costruite non lungo le strade ordinarie, ma in luoghi dove ciò si suol fare, ovvero ne ha dato avviso, in modo che il passante potesse sapere del pericolo e provvedere, non si è tenuti per legge Aquilia; *et multa huiusmodi deprehenduntur*, conclude Paolo,

in quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterat (L. 28, D., 9, 2).

Nell'applicazione della colpa contrattuale il criterio può forse procedere con libertà anche maggiore. Le fonti ci dànno i seguenti esempi: il compratore è stato condannato in giudizio, perchè il servo ha commesso un delitto, per es. ha rubato, e non gli era stato indicato nel momento del contratto il suo vizio, cioè, per così dire, la sua capacità a delinquere; ora, egli può bensì agire per il risarcimento contro il venditore, ma non otterrà tutto quello che ha pagato, bensì quel minimo con cui poteva liberarsi: *quanti minimo defungi potuit;* per es., se il furto è di notevole entità, egli non otterrà che il valore dello schiavo, perchè colla consegna (*noxae deditio*) dello schiavo poteva liberarsi (L. 11, § 12, D., 19, 1; L. 23, § 8, D., 21, 1). Una serie di casi concernono il rapporto di evizione, in cui il compratore può avere commesso, alla sua volta, colpe di vario genere, per non aver usucapito a causa di sua negligenza od omissione, potendo usucapire, per non avere esperito l'azione publiciana, come gli era stato consigliato dal venditore, invece dell'azione di rivendicazione e simili (L. 45, § 1, D., 19, 1; L. 29, § 1, D., 21, 2; L. 56, § 3, D. *eod.*; L. 66 pr. *eod.*; L. 62 (61), D., 47, 2).

Questa limitazione è solo esclusa quando concorra il dolo dell'agente (L. 9, § 4, D., 9, 2); il che per lo meno nel diritto giustinianeo si applica anche alla colpa contrattuale (L. 45, § 1, D., 19, 1, in fine).

Un'applicazione clamorosa di questi principî si è avuta nel nostro incidente marittimo colla Francia durante la guerra libica: il capitano di un vapore postale arrestato si era rifiutato, per dispetto, di prendere alcune essenziali precauzioni, allegando che tutto il danno, anche quello conseguente dalla sua omissione, sarebbe stato risarcito. In realtà il diritto non è così duro come spesso lo fanno alcuni suoi troppo loici interpreti, più facili dialettici alla moda dei sofisti greci che cauti scrutatori del *bonum et*

aequum secondo il precetto degli indimenticabili giureconsulti romani.

29. La sentenza della Cassazione di Torino, 7 gennaio 1917 (1), considera sotto un diverso punto di vista una questione, che noi abbiamo già ventilata (v. sopra, n. 2). Essa impone cautele al vicino nell'esercizio di uno stabilimento industriale in applicazione dell'articolo 574 Codice civile. Non si può negare che nelle condizioni della civiltà odierna l'esercizio di una tipografia corrisponda ad una necessità assoluta di tal natura da non potersi relegare sempre lontano dalla zona cittadina e dall'abitato. Ma è altrettanto certo che non deve esser omessa ogni cautela per ridurre il disturbo di un simile vicinato nei più angusti limiti, cioè in quelli strettamente richiesti dalla necessità. Noi crediamo che, anche indipendentemente dall'articolo 574, in base al criterio logico dei rapporti di vicinanza, cautele e limiti di lavoro potrebbero essere imposti al proprietario della tipografia non tanto avuto riguardo all'eccesso della molestia e alla maggiore o minore tollerabilità quanto alla possibilità concreta di cautele nei limiti veri della necessità. La proibizione del lavoro notturno e della simultanea messa in opera di tutto il macchinario corrisponde a questi criterî e soddisfa normalmente alle esigenze dei rapporti di vicinato: ma come non è escluso che nuovi ritrovati possano render possibili e imponibili nuove e più efficaci cautele, nella stessa guisa anche circostanze straordinarie, per es. necessità di ordine pubblico, possono talvolta indurre non tanto a infrangere, quanto a sospendere i limiti imposti.

(1) Corte di cassazione di Torino, 7 gennaio 1917, Vinciguerra c. Piovano: « L'Autorità giudiziaria ha facoltà di ordinare le opportune prescrizioni per garantire i fondi vicini ad uno stabilimento industriale dalle molestie derivanti dall'esercizio di questo oltre i limiti dell'ordinaria tolleranza (nella specie: ha facoltà di vietare il lavoro di una tipografia oltre le otto ore giornaliere ed il simultaneo funzionamento di tutte le macchine) ».

30. Le due sentenze del Tribunale di Napoli, 25 aprile 1917, e della Corte d'appello di Genova, 6 marzo 1917 (1), riguardanti l'esercizio di un dispensario celtico o di una casa di tolleranza o l'impianto di una stalla in locali a pianterreno, sempre trattandosi di un edificio *tenuto da più condomini*, contemplano rapporti che hanno certo una grande affinità coi così detti rapporti di vicinanza e in lato senso potrebbero rientrare sotto la stessa categoria e nella stessa designazione, ma che in realtà non corrispondono ai termini precisi del problema che si discute e ne turbano la soluzione, in quanto i casi del genere di quelli presentati al Tribunale di Napoli e all'Appello di Genova e, data la configurazione speciale, giustamente decisi, vengono invocati in sussidio di teorie aberranti. Si tratta di attività che, per quanto ripugnanti o impure, non producono di regola sull'altrui fondo nè immissioni nè riflessi materiali di operazioni. come tremolìi, scotimenti, odori, romori e simili. Il vicinato senza dubbio deprezza il mio fondo, ma lo deprezza come tutte le condizioni esterne sfavorevoli possono deprezzarlo: e alle condizioni esterne io non ho alcuno diritto, se non l'abbia acquistato mediante convenzione o servitù.

---

(1) Tribunale di Napoli, 25 aprile 1917, Pignalosa c. Municipio di Napoli: « L'impianto di un dispensario celtico gratuito da parte di un condomino, toglie quel pacifico godimento che la legge ed il patto vogliono assicurato al conduttore di una casa, e quindi, come dà diritto alla risoluzione dell'affitto all'inquilino dell'altro condomino in base all'art. 1575, n. 3, Cod. civ., così dà diritto a quest'ultimo al risarcimento dei danni contro il primo in base all'articolo 675 stesso Codice ».

Corte d'appello di Genova, 6 marzo 1917, Gambarini c. Isola: « Il grado di tolleranza a cui sono tenuti i proprietari di stabili per ciò che riguarda le molestie eventuali derivanti dall'uso degli stabili vicini, va determinato tenendo conto non solo delle particolari condizioni dell'ambiente, ma anche del modo in cui tale uso si manifesta.

« Nella specie, l'esercizio del meretricio nella propria casa da parte del proprietario vicino, per quanto lo stabile si trovi in una via di notoria dubbia fama, dà diritto ai proprietari contigui di essere risarciti dei danni, ove detto esercizio abbia tali ripercussioni esteriori di pubblicità da cagionare scandali, turbamenti e disturbi, che riducano notevolmente il valore di godimento dei loro beni (art. 1151 Cod. civ.).

La ripugnanza morale o sociale (poichè per l'impianto di uno stabilimento celtico non si può parlare di immoralità in sè) favorisce una confusione di idee, per cui non di rado si pretende, si accorda e si giustifica dagli scrittori un indennizzo a favore dei proprietari vicini, che è una pura speculazione, quasi non meno riprovevole dell'esercizio immondo di cui si tratta e certo più riprovevole dell'esercizio di un luogo di cura (cfr. anche sopra, n. 8 e n. 15).

Ma quando simili stabilimenti si impiantano in una parte del fondo tenuto a condominio, per es. in un appartamento o in locale dell'edificio comune, come nelle nostre decisioni, allora nessun dubbio che il risarcimento si debba, in quanto l'attività incomoda o dannosa si esercita *direttamente* in una sfera *comune* e quindi anche *di pertinenza del vicino*.

Non sono i criterî relativi ai rapporti di vicinanza, che si debbono applicare, ma i criterî relativi all'uso delle cose comuni, per cui si va dal condominio alle vie pubbliche, alle rive del mare e all'aria che si respira. Non si tratta di ripercussioni e propagazioni, ma di azioni *dirette* sulla cosa mia, che in qualunque modo debbono esser proibite. Senza dubbio ciascuno dei condomini può usare della cosa comune, cioè, nel caso nostro, ha diritto di fruire di quelle parti dell'edificio che sono comuni, ma deve usarne in modo da non eccedere, da non ledere il diritto e diminuire il godimento dell'altro utente. Abbiamo quindi nell'ipotesi in questione necessariamente una misura più rigorosa, in cui gli stessi fatti che nel tema dei veri e proprî rapporti di vicinanza, cioè tra proprietari finitimi, non eccedono la sfera del proprio dominio, vengono invece, a cagione della comunanza dei diritti sulla stessa cosa, a violare anche la sfera dei diritti altrui (cfr. sopra, n. 12). Le decisioni sono corrette, ma non è scientificamente corretta la motivazione (alla quale, più che alla specie, si conforma la seconda massima estratta), in quanto s'impianta e si diluisce il ragionamento sul concetto e sui criterî consueti in tema di rap-

porti di vicinanza, invece di richiamarsi puramente e semplicemente all'art. 675 Codice civile in tema di comunione.

31. Nemmeno la sentenza della Corte d'appello di Genova, 8 febbraio 1916 (1), concerne propriamente rapporti di vicinanza, bensì la responsabilità per danni tra proprietari finitimi. Le fornaci ardenti impiantate dalla Società per l'impastatura del cacao e la cottura di miscele per le caramelle avevano effettivamente danneggiato le merci di un altro esercizio. È fuori di luogo pertanto rilevare che quest'altro esercizio era preesistente (motivo che anche in tema di rapporti di vicinanza non ha un vero valore giuridico: cfr. sopra, n. 11), come d'altra parte è fuori di luogo per la difesa della Società invocare la famosa L. 8, § 6, D., 8, 5, circa le ragionevoli tolleranze. Il danno vuol esser in qualunque modo risarcito puramente e semplicemente in base all'art. 1151.

Questa mescolanza dei rapporti di vicinanza con la responsabilità per colpa è altra causa non lieve di confusione nel nostro tema. È dessa che ha turbato tutte le indagini relative ai rapporti di vicinanza con le discussioni *de iure condito* o *de iure condendo* circa la colpa e la responsabilità obbiettiva; è dessa che ha popolarizzato nella stessa giurisprudenza una distinzione erronea tra danno effettivo e incomodo o molestia: distinzione semplice ed attraente, la quale, come tante analoghe distinzioni, è assolutamente insignificante per la questione che si tratta di risolvere. Il tema dei rapporti di vicinanza concerne precisamente le molestie, gli incomodi, i disturbi, e prescinde

(1) Corte d'appello di Genova, 8 febbraio 1916, Società Fabbriche Riunite Gallettine c. Poggio e Bianchetti: « Il coinquilino che con impianti di fornaci ad alta temperatura danneggia il preesistente esercizio del vicino è verso di lui responsabile pei danni.

« Non è invece responsabile di tali danni il comune locatore, se col contratto di locazione non ha autorizzato l'inquilino autore dei danni a porre in essere i fatti da cui essi derivano ».

dal danno e dalla colpa. Si tratta di stabilire quali molestie si debbono tollerare nella immissione e nella penetrazione di attività altrui e quali invece non si debbono tollerare, ma eliminare. Quanto al danno, nessun dubbio che si debba risarcire — quando, s'intende, sia danno giuridico, cioè lesione del mio diritto, non privazione di comodità esterne e occasionali — ma pel risarcimento occorre stabilire anche la colpa, sia pur lievissima.

32. La decisione della Corte d'appello di Palermo, 8 settembre 1916 (1), sulla fuoruscita di scintille dalle locomotive in corsa è formalmente correttissima. Il Tribunale aveva ricorso alla teoria del danno obbiettivo e sancita la responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria. Non a torto e non senza qualche ironia la Corte d'appello fa osservare al Tribunale che non si debbono convertire le teorie puramente dottrinali, *de iure condendo*, apprezzabili o meno, in legge positiva. Tuttavia, come abbiamo altra volta rilevato (v. appresso le citazioni), trattandosi di una specie in cui la prova della colpa si deve stabilire in un modo particolare, il che rovescia la situazione senza sforzo e senza la intrusione di regole nuove, ma con la pura applicazione di principî di logica, la prova di un fatto giuridico si esige rigorosa dalle parti quando nessuna circostanza obbiettiva ne rileva l'esistenza di per sè. Ma si può esigere con meno

(1) Corte d'appello di Palermo, 8 settembre 1916, Ferrovie dello Stato c. Barba: « Secondo il nostro diritto positivo non è ammissibile come principio generale la responsabilità per danno obbiettivo incolpevole.

« Conseguentemente l'Amministrazione ferroviaria non può essere chiamata a rispondere dei danni per incendio causato dalla fuoruscita delle scintille dalle locomotive in corsa, se non ne sia provata la colpa per inosservanza delle prescritte cautele.

« Il fatto che il fuoco siasi appiccato a una costruzione fornita dall'Amministrazione ferroviaria a un suo impiegato per le finalità del servizio non la rende responsabile verso di lui per i danni derivatigli dall'incendio ».

rigore o non esigere punto quando dalle circostanze balza fuori o sembra balzar fuori l'esistenza del fatto. Il fatto giuridico allora si presume, non già per una *praesumptio iuris*, bensì per una di quelle *praesumptiones hominis*, che sono rilasciate alla prudenza del giudice. Di queste presunzioni tutta l'atmosfera processuale è satura assai più di quello che non si creda. Certamente, per quanto queste circostanze siano gravi, precise e concordanti, esse possono trarre in abbaglio; ma tocca in questo caso all'altra parte di illuminare il giudice e scuotere il valore delle circostanze stesse. Ecco come spontaneamente in ultima analisi vi ha dei casi in cui l'onere della prova viene ad essere quasi invertito. Ora la specie in questione ci presenta, a nostro avviso, uno di questi casi. La Corte osserva che la legge impone all'Amministrazione delle ferrovie, oltre le cautele comuni, anche speciali cautele, e se tutte furono osservate con diligenza, e, ciò malgrado, il danno si è verificato, sarebbe irragionevole, antisociale ed iniquo addossare ancora la responsabilità all'assuntore dell'esercizio. Se non che pur ripudiando, com'è logico, la teoria della responsabilità obbiettiva nel nostro diritto, è certo che il danno è talora conseguenza più o meno fatale dell'esercizio di una data attività anche intrapresa con tutte le cautele. Ora la frequenza stessa di queste fuoruscite di scintille dalle locomotive e i danni conseguenti (cfr. sopra, n. 4, 17, 23, e altre numerose sentenze citate nelle due note dell'avv. Pitocchi, in *Giur. ital.*, LXVI (1914), I, 2, 312, e LXIX (1917), I, 1, 850), accennano che siamo in una di queste ipotesi. Certamente noi non vogliamo dire che l'Amministrazione debba esser sempre fatta responsabile; ma, tornando al nostro punto, crediamo che effettivamente la prova debba venir condotta in modo speciale.

Non è anzitutto sull'argomento subbiettivo, sull'animo diretto alla lesione, sulla negligenza che si deve appuntare la prova. Ogni negligenza può essere nel caso facilmente esclusa dalla dimostrazione che tutte le cautele furono

usate. Si tratta invece di esaminare le circostanze, le quali escludono che il danno sia conseguenza diretta dell'esercizio, e queste circostanze saranno naturalmente opposte dall'Amministrazione. Quando non possono invece venire opposte, quando è chiaro, e la serie numerosa dei casi, ripetiamo, dovrebbe renderlo chiaro, che tutte le cautele non valgono a eliminare costantemente le conseguenze di questa attività, a me non pare che la responsabilità si possa escludere. Nè lo scopo utile dell'attività può implicare l'esonero da responsabilità; più o meno, il danno è sempre conseguenza di un'attività tendente ad uno scopo utile; ma quando io posso prevedere che la mia attività, malgrado ogni cautela e senza intervento di circostanze concomitanti, può generare conseguenze dannose, debbo per lo meno esser tenuto a risarcire queste conseguenze.

Nelle due note molto elaborate e ricche di dottrina dell'avvocato Pitocchi, che abbiamo riferito sopra, si sostiene strenuamente in ogni caso l'irresponsabilità delle Ferrovie per la fuoruscita di scintille. Ma le due note battono la teoria del danno incolpevole, della responsabilità obbiettiva, e in questi limiti noi concordiamo pienamente con quanto ivi si sostiene: non ci sembra di poter convenire egualmente sull'affermazione generale della irresponsabilità piena delle Ferrovie, sulla tesi assoluta che la prova della colpa spetta per intero e sempre a chi ha subìto il danno. Noi ci collochiamo insomma sopra una base diversa, non allontanandoci dal terreno della legge positiva. Qualche spunto per vero nell'argomentazione del Pitocchi contro le decisioni delle Corti potrebbe toccare anche la nostra tesi, perchè anche le Corti sono tratte qualchevolta a giustificare le loro decisioni in favore dei danneggiati con argomenti non desunti dalla teoria del danno obbiettivo. Quando invero contro decisioni di simil natura si osserva che l'esercizio delle ferrovie, fatto con tutte le debite cautele, obbedendo a tutte le prescrizioni, non è una colpa, con questo semplice rilievo può sembrare battuta in breccia nel modo

più semplice anche la nostra tesi. Il Pitocchi riferisce le dichiarazioni veramente umoristiche di alcuni Tribunali stranieri che vollero precisamente ritrovare una colpa nell'esercizio della trazione a vapore. Non è necessario spingerci a questi estremi. A noi basta ricordare un punto forse troppo dimenticato: che la colpa, la quale si esige nel campo extracontrattuale, la colpa della legge Aquilia è un *minimum*, il quale si riduce alla mera coscienza e volontarietà dell'atto; è per questa ragione che le fonti romane dichiarano che per la legge Aquilia basta una *culpa levissima*: dichiarazione che ha generato tante vane e cavillose distinzioni. Il fatto bruto, il prodotto di circostanze naturali, deve essere escluso, come deve essere esclusa l'attività inconsapevole di un fanciullo o di un pazzo. Ma quando l'attività è consapevole, e il nesso causale sicuro, se il danno si è verificato, non è da escludere la colpa pel motivo che quell'attività era in sè un'attività utile, nè, addossando la responsabilità a coloro che l'hanno intrapresa, si infligge loro il marchio obbrobrioso di un delitto. È ormai tramontato il tempo in cui nel *damnum iniuria datum* si vedeva un delitto: si può anzi notare che nella fase più arcaica, in cui la figura del *delictum* e dell'obbligazione *ex delicto* in base al danno era ancora una realtà per tutti gli effetti, dalla colpa si prescindeva.

Non vi ha dubbio che l'Amministrazione delle ferrovie coscientemente metta in opera per gli scopi più utili, anzi essenziali, un'attività che può produrre incendî nelle proprietà circostanti: anzi non vi ha dubbio nemmeno che queste conseguenze essa le preveda o debba prevederle, perchè l'esperienza è troppo frequente. E quando è escluso che il danno derivi da cautele omesse da parte del danneggiato, da imprudenze commesse da questo, quando è escluso che derivi da circostanze straordinarie, la pena della fatalità dev'essere sopportata dalle Ferrovie, perchè non è mera fatalità la conseguenza più o meno ineluttabile di un'attività cosciente.

33. Di notevole interesse per la sua rarità e per la sua delicatezza è la specie decisa dalla Corte d'appello di Torino, 13 febbraio 1917 (1). Il passaggio dei treni con l'assiduo tremolìo rendeva malagevole e talvolta impediva la chiarificazione dei vini nello stabilimento prossimo alla ferrovia, ed era causa di spese pel travaso dei vini. La parte danneggiata chiedeva un indennizzo valutato sulla base del deperimento dei vini, che dovevasi subire, e della spesa, che dovevasi sostenere ogni anno, capitalizzando la somma complessiva al $4 \, ^1/_2$ %. La Corte d'appello ha negato ogni risarcimento.

Le giustificazioni addotte dalla Corte d'appello per la negativa, recisa e completa, opposta alle pretese della parte non sono troppo felici. Richiamandosi alla legge sulle opere pubbliche e principalmente all'articolo 234, riguardante la costruzione e l'esercizio delle ferrovie, la Corte osserva che « le proprietà laterali alle strade ferrate sono sottoposte a tutte le servitù ed oneri inerenti alle proprietà coerenti alle strade nazionali, provinciali e comunali ». Ma giustamente ribatteva la parte, come la Corte stessa ricorda, che le servitù cui si allude sono quelle specificatamente nominate ed indicate dalla legge.

Lo stesso art. 234, aggiungiamo, è in questo senso: non si parla di oneri *inerenti alle proprietà coerenti*, bensì di oneri *imposti dalla presente legge* (sulle opere pubbliche) *alle proprietà coerenti.* E ciò posto, non si poteva respingere il richiamo della parte dicendo esser ovvio « che tra le più normali servitù cui sono soggetti i fondi situati lungo le strade ordinarie e le ferrovie, *sebbene non siano in modo espresso indicate*, sono quelle di *prospetto* e di *veduta*, sia il treno in moto o fermato lungo la via, e quella di *tremolìo* durante il fugace passaggio dei treni ». Le servitù legali, vale a dire

---

(1) Corte d'appello di Torino, 13 febbraio 1917: « Non compete azione di danni contro le Ferrovie al proprietario di una cantina che se ne veda menomato l'uso per il tremolìo prodotto dal vicino passaggio di treni, impedendosi la chiarificazione dei vini ivi in deposito ».

le limitazioni della proprietà. *debbono essere e sono in modo espresso indicate.* Cagione d'equivoco è poi l'esemplificazione fatta dalla Corte, in cui si mescolano cose diverse. Per quel che concerne il prospetto, la sua diminuzione e la svalutazione del mio fondo per effetto di nuove costruzioni è da sopportare in buona pace da chiunque provenga; nè, quindi, provenendo dalle Ferrovie, è necessario riconoscere una servitù legale o limitazione del dominio per imporne la tolleranza. Alle condizioni esterne che aumentano per occasione il pregio del mio fondo io non ho alcun diritto ed esse possono liberamente venir modificate da chi edifica e in generale da chi opera fuori dei confini della mia proprietà. La delicatezza estetica dei Greci nell'ultima epoca del diritto romano ha bensì vietato che si togliesse al vicino mediante costruzioni la vista amena del mare e dei monti di cui fruiva: ma ciò fu fatto mediante limitazioni speciali, che imponevano precisamente di non chiudere il prospetto del mare o dei monti: limitazioni che Giustiniano disciplinò con particolar cura, studiandosi di ovviare alle frodi. Ma nel nostro diritto, che non conosce siffatte limitazioni, se la diminuzione della visuale si vuol chiamare una *servitus*, sarà tale nel senso di quella *servitus naturalis* di cui nella L. 1, § 22, D., 39, 2, per la quale ciascun proprietario deve tollerare le conseguenze aleatorie della sua situazione rispetto ai fondi vicini e compensare gli svantaggi cogli eventuali vantaggi.

Diverso è il caso del tremolìo. Qui abbiamo una propagazione, entro la sfera del mio fondo, di operazioni che si iniziano al di fuori, una modificazione delle condizioni interne, alle quali io ho veramente diritto. E che esso sia, come stabilisce la Corte, un peso capace di formare oggetto di servitù, ne possiamo ben convenire. Nè io troverei certo difficoltà per la costituzione volontaria di siffatte servitù: giacchè le nostre servitù non sono tipiche e non occorre che intervenga il legislatore ad autorizzare le nuove forme, anche le più originali, come per esempio la famosa *servitus*

fumi immittendi, che probabilmente deve la sua origine ad un'interpolazione giustinianea. Ma il ragionamento con cui la Corte afferma che questo peso si debba intendere stabilito come servitù legale dalla legge delle opere pubbliche, non mi sembra, dopo quanto si è detto, troppo conforme ai canoni di un'austera interpretazione della legge.

In realtà è possibile a lume di logica pervenire ad una soluzione equa. La diminuzione che alcuno riceva nelle condizioni interne e nell'uso del proprio fondo per la costruzione della ferrovia non è certo eliminabile, perchè trattasi di opera regolarmente compiuta per ragione di pubblica utilità. Si può discutere soltanto se dessa sia, entro certi limiti, risarcibile. Ora questa pretesa in generale sembra conforme così ai principî, come ai termini precisi dell'articolo 46 della legge 25 giugno 1865 per causa di pubblica utilità, la quale non ha fatto se non codificare quasi negli stessi termini dei giureconsulti romani i principî generali. Non è risarcibile « la privazione di un utile, al quale il proprietario non avesse diritto », come sarebbe pur sempre nel caso la libera visuale o il bel prospetto. Ma è ben risarcibile il gravame di una servitù o il danno permanente « derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto ». Ora la modificazione delle condizioni interne e delle attitudini del mio fondo per effetto del tremolìo è diminuzione di un diritto, è danno giuridico e precisamente danno permanente, e il dover subire l'attività che lo produce e lo rinnova continuamente è servitù. La Corte (lasciando per ora altre osservazioni, di cui in seguito) nega il danno permanente, perchè non si afferma neppure che il passaggio dei treni « renda meno solido l'edificio e faccia sorgere un pericolo più o meno lontano di lesione ». Ma non è il pericolo di danno futuro e lontano l'inconveniente contro cui si reclama, nè questo davvero potrebbe venir risarcito. Pericolo d'incendio (ad esempio, per effetto delle scintille, caso più volte prospettato in tema di ferrovie), pericolo di esplosioni e simili, per quanto gravi siano le preoccupa-

zioni che i fenomeni temuti ispirano e quindi il deprezzamento che ne consegue al mio fondo, non sono ragione sufficiente di risarcimento: è certo a deplorare che il diritto moderno non possegga un rimedio analogo alla romana *c. d. inf.*, per il *damnum futurum*, ma è certo altresì che la preoccupazione ingenerata nel mio spirito da un vicinato mal sicuro non modifica attualmente le condizioni interne del mio fondo.

Ma il danno prospettato dal proprietario dello stabilimento, oltrechè relativo alle condizioni interne, è anche attuale. Si potrà discutere sulla sua esistenza e sulla sua entità. Si potrà ammettere con la Corte che esso sia incerto, ma non è questa una ragione per indurne che non possa « esser parificato nelle sue conseguenze alla perdita o alla diminuzione di un diritto », s'intende, una volta che esso sia ben stabilito. Quanto alla dichiarazione finale in cui si nega la possibilità del danno e si rifiuta la perizia « perchè non vi ha bisogno, per fermo, dell'opera di un tecnico per escludere che un tremolìo, il quale si avverte ad intervalli e limitatamente al momento del passaggio dei treni a distanza legale, in modo così leggero da non provocare lesione qualsiasi all'edificio, possa ripercuotersi nei sotterranei di questo in tal misura da provocare un vero e proprio intorbidamento dei vini, siano o no genuini », mi par veramente, nel suo tenore un po' beffardo, alquanto *tranchant*, nè troppo coerente coi ragionamenti che precedono. Ad ogni modo il giudizio sul fatto non ci compete.

Se non che, ammessa pure la possibilità e la realtà del danno, riconosciuta la legittimità del risarcimento in tesi generale, conviene indagare se non vi siano nella specie ragioni per escluderlo. Ora a questo proposito giova distinguere il danno verificatosi immediatamente dopo la costruzione della ferrovia — vini esistenti nel deposito deteriorati o travasati con dispendio — e il danno che si tema in avvenire: il *damnum praeteritum* e il *damnum futurum* dei giureconsulti romani. Il primo è senza dubbio valutabile e

risarcibile, sia in base ai principî generali, sia in base ai principî dell'art. 46, se siamo nell'ipotesi di applicazione della legge sull'espropriazione per causa di utilità pubblica.

Quanto al danno futuro l'indagine è di natura più delicata. Anzitutto, ammessa pure la tesi del risarcimento, non mi pare siano da accogliere i criterî ed i calcoli della parte danneggiata. Giusta è l'osservazione della Corte che il locale in cui oggi si svolge l'industria vinicola può non essere in avvenire adibito allo stesso uso « prestandosi esso indubbiamente ad altri esercizî industriali e commerciali ». Se il locale è assolutamente disadatto alla conservazione dei vini, ostinarsi a proseguire in esso l'industria, significa provocare il danno per propria colpa. Si potrà valutare la perdita che rappresenta l'esclusione di quel dato uso dell'edificio, ma non pretendere il risarcimento di un danno facilmente evitabile, che può essere ingentissimo e superiore di gran lunga alla differenza eventuale del valore locativo dell'edificio adibito ad un nuovo uso.

Ma si può andare più in là. Se il fondo non è stato parzialmente espropriato e se la diminuita attitudine della residua parte a quell'uso non è stata quindi valutata nell'indennizzo della parte espropriata, credo che vi siano ragioni sufficienti per escludere ogni altro indennizzo. Trattasi, è vero, di un peso e di un'influenza pregiudizievole che si propaga nell'interno, ma è un peso e un'influenza che non abolisce ogni uso del fondo (altrimenti avremmo non già una limitazione, bensì una privazione della proprietà, e saremmo quindi nell'ipotesi dell'espropriazione), e che, sovrattutto, procede da necessità assolute e generali.

Il traffico ferroviario, cagione del lamentato tremolìo, è una necessità della vita civile odierna; e l'inconveniente è generale e comune a tutti i fondi circostanti. Se non siamo, come vorrebbe la Corte, nell'àmbito delle servitù stabilite da leggi speciali ed escluse dal risarcimento, siamo ad ogni modo nell'àmbito di quelle che si potrebbero dire servitù imposte dalle necessità della coesistenza, paragonabili alle

così dette servitù naturali. Nè il decidere in sostanza diversamente circa i fondi parzialmente espropriati e i fondi non espropriati implica una contraddizione; giacchè la valutazione piena dell'indennizzo a favore di chi subisce una espropriazione è giustificata dalla privazione della cosa e ordinata in modo largo dalla legge. E pertanto nel valutare l'indennizzo in caso di espropriazione parziale si può tener conto anche del deprezzamento delle frazioni residue del fondo espropriato per la diminuzione del beneficio dell'aria, della luce, del prospetto, per la perdita di amenità del luogo, per la stessa diminuita appetibilità della porzione residua a cagione del carattere tetro o pericoloso delle opere pubbliche ivi stabilite. Ma se il fondo non è espropriato, ciascun vede come sarebbe assurdo fare allo Stato una condizione diversa da quella dei privati cittadini, imponendo di risarcire sia il deprezzamento degli edificî circostanti per costruzioni ed opere, che tolgono ai proprietari di essi quei vantaggi esterni, cui non hanno diritto, sia quella limitazione e quella molestia, di fronte alla quale i privati stessi potessero accampare la ferrea legge della necessità.

Il ragionamento ci riconduce pur sempre a quello che è il criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza.

XVI.

La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro (*).

1. Il Pampaloni il quale, in questo argomento del tesoro, come in qualunque tema da lui preso a studiare, ha recato il contributo di un elevato intelletto e uno spirito esemplare di prudente indagine scientifica, così riassume, nè si potrebbe far meglio, le fasi storiche dell'istituto allo stato presunto delle nostre cognizioni:

« Una costituzione di Adriano di data incerta segna il primo punto sicuro della storia giuridica del tesoro..... È opinione comune esservi stato prima di Adriano un periodo (da alcuni attribuito al regno di Nerone, dai più non determinato), in cui il tesoro appartenne al fisco; ma v'è difficoltà nello stabilire la condizione giuridica del tesoro per lo innanzi. I più affermano che, avanti s'attribuisse al fisco, il tesoro spettava al *dominus loci;* qualcuno all'inventore; qualcun altro vuole si disputasse se a questo o a quello. Ecco poi, in succinto, come si descrivono dagli scrittori le sorti dell'acquisto del tesoro da Adriano in poi. Prescindendo da una lieve modificazione fissata da M. Aurelio Antonino e L. Vero, il diritto adrianeo avrebbe avuto vigore fino a Caracalla e per tutto il regno di lui, come da varî luoghi de' Digesti. Dopo Caracalla, secondo i più, il tesoro torna al fisco, pur non lasciandosi precisare il quando. Certo, notano, il nuovo principio esisteva sotto A. Severo, perchè, secondo Lampridio, egli attribuiva i maggiori tesori

(*) Dai *Mélanges Girard*, vol. I, pag. 123-142, Paris 1912.

al fisco e concedeva i minori a chi li trovasse: ciò che presuppone il tesoro fosse *ex iure* una regalìa. Alcuni versi del poeta Calpurnio fanno ritenere a tutti gli scrittori che Caro e Carino concedessero per intero il tesoro all'inventore. Siccome però la c. 1, Cod. Theod. *de Thes.*, 10, 18, di Costantino stabilisce che il tesoro spetta metà al fisco e metà all'inventore, così i più ne inferiscono che il tesoro, dopo Caro e Carino, e precisamente sotto Diocleziano, tornò al fisco. La disposizione di Costantino sarebbe stata poi abolita dalla c. 2, Cod. Theod. *de Thes.*, di Graziano, Valentiniano e Teodosio; la quale si può dire ristabilisse il diritto adrianeo, eccetto che ne' congrui casi accordò all'inventore un quarto del tesoro invece della metà. Secondo il Puchta, dopo Graziano il fisco sarebbe tornato ad avere i tesori, tanto in Occidente nello stato ostrogoto, quanto in Oriente; congettura, la quale a riguardo dell'Oriente si appoggia più che altro sulla circostanza che nella c. un., Cod. *de Thes.*, 10, 15 (a. 474), Leone I e Zenone confermano espressamente il diritto adrianeo, salva una modalità di poco momento. Nella stessa guisa altri scrittori rilevano dalla Nov. 51 di Leone VI che le disposizioni di Leone I, durate tutto il regno di Giustiniano e andate in desuetudine di poi, furono ristabilite dalla Nov. citata. Cosicchè, in conclusione, il fisco avrebbe fatti suoi i tesori *cinque volte*, e *cinque volte* i tesori sarebbero tornati ai privati. Eppure di tale avvicendarsi delle sorti giuridiche del tesoro non v'è nelle fonti una vera esplicita indicazione » (1).

2. Ora tutto questo groviglio di vicende nel regime giuridico del tesoro e lo stesso inizio della sua storia sicura a datare da Adriano e non prima, derivano dalla falsa datazione di una ecloga di Calpurnio Siculo, ricordata anche

(1) Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro*, negli *Studi per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, Roma 1889, pag. 105-107. Io sopprimo le note, salvo un inciso, che mi permetto di inserire nel testo.

dal Pampaloni, che tutti gli scrittori, seguendo le orme di Gotofredo e l'opinione generale dei vecchi filologi, riferiscono all'epoca di Caro e Carino, mentre essa appartiene al primo periodo pieno di illusioni del regno di Nerone.

Ecco il testo chiaro e importantissimo del poeta:

> Iam neque damnatos metuit iactare ligones
> Fossor et invento, si sors dedit, utitur auro
> Nec timet, ut nuper, dum iugera versat arator
> Ne sonet offenso contraria vomere massa
> Iamque palam presso magis et magis instat aratro (1).

Ora questo testo, ricollocato al suo debito posto, illumina di una luce nuova tutta la storia e il concetto del tesoro. Esaminiamo dapprima il lato storico, indi le conseguenze dommatiche.

(1) CALPURNI SICULI, *Ecl.*, IV, v. 117-121 (BAEHRENS, *Poetae lat. min.*, III. pag. 87). L'errore di datazione nasce dalla confusione delle ecloghe di due poeti, T. Calpurnio Siculo e M. Aurelio Olimpio Nemesiano di Cartagine, il quale appartiene veramente all'epoca di Caro e dei suoi figliuoli Carino e Numeriano, come attesta Vopisco (*Car.*, II, 2) e come accenna il suo stesso carme cinegetico. Quanto a Calpurnio, attestano invece per l'epoca di Nerone e per il primo periodo del regno di questo principe una serie di allusioni. Egli celebra un principe divino, *deus*, giovane, bello, che dà splendidi giuochi, col quale s'inizia un'êra di pace, di clemenza, e ricorda una cometa vista nell'autunno, che risponde alla cometa apparsa poco tempo innanzi alla morte di Claudio: la lingua e la metrica delle ecloghe di Calpurnio si distacca assolutamente da quella delle ecloghe di Nemesiano e si confà perfettamente con l'êra neroniana. L'autore sembra altresì in rapporto coi più alti personaggi dell'êra neroniana, Seneca (= Melibeo?) e Calpurnio Pisone, se a lui spetta, come il Haupt ha reso per lo meno verosimile, il panegirico di Pisone, in cui tra altro non si ricordano se non poeti dell'età augustea, Virgilio, Orazio, Vario, Properzio, Ovidio. La netta divergenza tra i due gruppi venne rilevata principalmente dal HAUPT, *De carminibus bucolicis Calpurni et Nemesiani*, op. I, 358. Ma risulta anche da taluni manoscritti e persino da un manoscritto noto ab antico dello Ugoleto, che servì di base all'edizione dello stesso Ugoleto, nel 1500, in Parma. Cfr. TEUFFEL, *Geschichte der Röm. Lit.*, II, n. 306, I; SCHANZ, *Gesch. der Lat. Lit.*, II, n. 385; BAEHRENS, *Poetae lat. minores*, III, pag. 65 e segg. Il POMPEI, in *Atti del R. Istituto veneto*, s. V, t. 6, pag. 110, dall'ecloga VII vorrebbe desumere che il poeta sia vissuto sino all'avvento del regno di Domiziano.

3. Dal lato storico, intanto, appar chiaro da questo testo che Nerone non ha per il primo introdotto il regime fiscale (1), come ritengono gli scrittori, che a tal riguardo si pronunciano, ma l'ha precisamente, salendo al trono, abolito. Il regime fiscale si richiama, adunque, ai primissimi imperatori (2). Non v'è stato, poi, mutamento a favore dell'inventore e rinuncia da parte del fisco sotto Caro e Carino, e pertanto anche Diocleziano è innocente di aver ristabilito le pretese fiscali.

Questi sono i risultati positivi, e i dati che si possono considerare acquisiti in base al nuovo testo. Ad altri risultati si può giungere per induzione più o meno sicura, la quale alla sua volta potrà esser avvalorata dalla costruzione dommatica, che la più chiara visione storica dell'istituto suggerisce.

Sembra da escludere che il fondamento della pretesa fiscale si debba ricercare nella qualità del *locus*. Distrutta l'unità con Nemesiano, è distrutta altresì la patria cartaginese del poeta: tutti gli indizî, invece, per i quali questi si richiama all'epoca di Nerone, e, aggiungiamo, le stesse frequenti invocazioni a Roma, al Lazio, alle divinità rustiche del Lazio e del Palatino, attestano che egli per lo meno vive e scrive in Italia, e allude molto probabilmente a condizioni del suolo italico. E se la pretesa del fisco si richiama ai primi imperatori, se non deriva dall'esser il tesoro tro-

(1) L'attribuzione del regime fiscale a questo principe si suol basare sopra due testi di Tacito e di Svetonio (Tac., *Ann.*, 16, 1, 33; Suet., *Nero*, 31), circa il tentativo fatto da Nerone negli ultimi tempi del suo dominio (anno 64 a. C.) per iscoprire mediante scavi in Africa i tesori della regina Didone: tentativo al quale egli si lasciò indurre dai suggerimenti di uno stravagante cavaliere romano, di origine cartaginese, possessore del fondo, in cui il tesoro sarebbe stato nascosto. Ma questi testi nulla provano per Nerone, poichè non si fa parola di una disposizione da lui presa in materia di tesoro, e significano ben poco in generale, perchè l'Africa era territorio provinciale, benchè sia pur da rilevare che essa era provincia senatoria.

(2) Si noti anche il sentimento opposto che spira da Hor., *Sat.*, 2, 6, 10 di fronte ai terrori del regime, di cui Calpurnio ci descrive la fine.

vato in un fondo provinciale, sembra che il testo del poeta Calpurnio venga per la prima volta a dar corpo all'ipotesi fugacemente avanzata da varî scrittori (Puchta, Böcking, Gimmerthal, Schwach, Hirschfeld), ma non isvolta da nessuno, che il diritto del fisco abbia sua base nel regime dei beni vacanti stabilito dalla *lex Julia*. Certo nell'epoca romano-ellenica, allorchè le pretese fiscali, dopo la lunga tregua del regime adrianeo, si ringagliardiscono, l'incameramento dei tesori sembra aver un'intima connessione, sia nella competenza dei *rationales*, sia nella materia, con quello dei beni vacanti. Notevole a me sembra la *formula comitivae privatarum* trasmessaci da Cassiodoro, nella quale eredità vacanti e tesori sono complessi e concetti riavvicinati: « Proximos defunctorum nobis legaliter anteponis: quia in hoc casu principis persona post omnes est: sed hinc optamus non adquirere, dummodo sint qui relicta debeant possidere: *depositivae quoque pecuniae, quae longa vetustate competentes dominos amiserunt*, inquisitione tua nostris applicantur aerariis » (1).

Se non che questa ipotesi, esaminata più dappresso, come a noi conviene per la prima volta di fare, offre alcune difficoltà. La *lex Julia* deferiva i beni vacanti all'erario, non al fisco, e in questa parte pare certo che l'erario abbia affermato il suo diritto non solo sino all'epoca degli Antonini, ma altresì nell'epoca dei Severi (2).

Di fronte alle dichiarazioni di Gaio e di Ulpiano (il testo di Papiniano è di scoperta moderna), i testi del Digesto che in questa materia menzionano il fisco, come la L. 96, § 1, D., 30, si ritennero *ab antiquo* interpolati.

(1) Cass., *Var.*, VI. 8.

(2) Gai., 2, 150: « Ea lege (Julia) bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur. si defuncto nemo [heres vel bonorum possessor sit] »; Pap., *Fragm. Paris.*, 4: « Vacantibus populo vindicatis » (L. 50 pr., D., 40, 4. salvo la sostituzione di *fisco* a *populo*); Ulp., *Reg.*, 28, 7: « Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria ».

Tuttavia vi ha una serie di testi letterari, i quali anche in materia dei beni vacanti fanno acquirente il fisco (1).

Poco o niun imbarazzo dànno i testi di Plinio e Strabone, relativi a provincie imperiali, anzi il secondo relativo precisamente all'Egitto. E non si può nemmeno dar gran peso ai testi degli *scriptores historiae augustae*. Ma precisa, perspicua e ragionata è l'attestazione di Tacito: l'atto liberale di Tiberio, la lode del pubblico e di Tacito stesso, sarebbero incomprensibili, se l'eredità fosse devoluta allo erario.

E non pare molto felice l'Huschke (2) nel supporre che nel testo di Tacito « *in fiscum* » sia soltanto un'espressione inesatta usata invece che « *in aerarium* ». Tacito distingue bene le due casse e in altre occasioni sa precisamente biasimare Tiberio di aver incamerato nel fisco dei beni devoluti all'erario (3).

L'opinione del più autorevole scrittore moderno sull'argomento, l'Hirschfeld, parrebbe fin troppo recisa: prescindendo dai testi giuridici, egli pone come cosa attestata che già dai tempi di Tiberio i beni vacanti sono stati pretesi dalla cassa imperiale. In nota poi richiama il testo fondamentale di Tacito, soggiungendo che ad ogni modo il mutamento si deve esser operato in Roma nel corso del primo secolo; che forse nelle provincie senatorie l'*aerarium Saturni* può aver serbato più a lungo il suo diritto di successione, ma per le provincie imperiali il testo di Plinio fa prova che i beni vacanti si devolvevano al fisco (4).

---

(1) Tac., *Ann.*, 2, 48: « Magnificam in publicum largitionem auxit Caesar haud minus grata liberalitate, quod bona Aemiliae Musae, locupletis intestatae, petita in fiscum, Aemilio Lepido, cuius e domo videbatur... tradidit ». Plinii, *Ep.*, 10, 84 (Traianus Plinio); Iulii Capitolini, *Vita Pertinacis*, 7, 2; Strabo, 17, 2, 12.

(2) *Z. für Rg.*, V (1866), pag. 190.

(3) Tac., *Ann.*, 6, 2; 6, 19.

(4) Hirschfeld, *Die kais. Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, Berlin 1905, pag. 115, testo e nota 2. Analogamente il Mitteis, *Das römische Privatrecht*, pag. 353, nota.

È assai grave tentar di scalzare tre testi di giureconsulti con testi letterari; ma è pur grave il ritenere che soltanto la devoluzione dei beni vacanti all'erario sia durata sino all'epoca dei Severi, quando in tutte le parti coerenti, i *bona caduca*, i *bona ereptoria*, i *bona damnatorum*, i *bona* degli *obsides* e dei *captivi*, questo regime crollava (1).

A noi sembra doversi considerare che non tanto si tratta di diritto, quanto di prassi amministrativa, e che, pertanto, avendo dinanzi il testo della *lex Julia*, Gaio ed Ulpiano non possono a meno di formulare il principio nel suo puro tenore legale, che non è stato mai espressamente abolito in linea di massima, ma logorato da una serie di usurpazioni aperte o larvate in forma di eccezioni giustificabili (2), tra cui non è da escludere che quella relativa al tesoro sia stata una delle prime.

4. Anche indipendentemente da qualunque idea circa l'origine del regime fiscale, il testo di Calpurnio mette in chiaro che questo regime, con tutto il suo apparato di delazioni e inquisizioni, era ben riconosciuto e disciplinato in epoca anteriore di molto ad Adriano. Ciò aiuta a comprendere il carattere ed il valore della disposizione adrianea. Essa è di solito chiamata *tout court* una costituzione, il che suscita appunto dei dubbî costituzionali, poichè nell'êra del principato l'imperatore non ha un vero potere legislativo. Il

(1) Circa i *bona caduca*, dopo le osservazioni del Rudorff, *Zeitschr. für g. Rw.*, 6, 422-423, sul testo di Ulpiano, 17, 2, è insostenibile l'opinione che Caracalla abbia per il primo trasportato questi beni dall'erario al fisco: egli ha soltanto abolito il diritto dei *patres* a favore del fisco.

(2) Cfr., ad. es., Gai., 2, 285, con Gai., 3, 62. Tutta questa materia sarebbe degna di revisione accurata. In genere si afferma forse con troppa semplicità (Cfr. anche Hirschfeld, l. c., pag. 17, nota 2) che nei testi del Digesto *fiscus* è di regola interpolato in luogo di *aerarium*. Forse in questa forma l'interpolazione non è credibile che sia mai stata fatta; dove si può restituire *populus* essa è ammissibile, perchè il concetto politico di *populus* non poteva esser conservato, ma il termine *aerarium* doveva essere ai compilatori indifferente, anche se al loro linguaggio fosse più familiare quello di *fiscus*.

Ferrini nella palingenesi delle Istituzioni, la chiama senz'altro un rescritto (1); ma se Adriano ha ordinato *ex novo* il diritto del tesoro, la forma più adeguata sarebbe quella di un editto o di un mandato. Se non che queste forme, sempre nell'êra del principato, gli imperatori d'ordinario non le hanno adoperate se non nel governo provinciale, e in generale si può asserire che le modificazioni al *ius civile* essi le hanno introdotte per mezzo di senatoconsulti. Ciò posto, si potrebbe supporre, come il Ferrini congettura altrove (2), che quel caratteristico ordinamento, che si dice opera di Adriano, sia stato fissato da un senatoconsulto su proposta di Adriano, cioè da una sua *oratio* al Senato. Ma si è anche supposto che la disposizione di Adriano non fosse punto relativa ai tesori scoperti *in italico suolo*, bensì ai tesori scoperti nelle provincie, o anche nelle sole provincie di Cesare. Tuttavia nè dalle relazioni che abbiamo circa l'ordinamento adrianeo, nè dai testi delle Pandette che vi fanno allusione (3) si giustifica punto una siffatta limitazione: e il testo di Trifonino per lo meno non è certo interpolato. Tutto ci porta adunque a quell'unica spiegazione che già dalle premesse risultava assai plausibile: che la disposizione di Adriano rappresenti *una rinuncia ai diritti del fisco sul tesoro*. Rinunciando ad un diritto suo, l'imperatore poteva ragionevolmente procedere ad un regolamento dell'acquisto del tesoro anche in suolo italico e mediante una costituzione.

5. Una congettura storica di carattere più ipotetico, che la precedente disamina suggerisce, è la seguente. Il regime della divisione stabilito da Adriano, per quanto le Istituzioni lo dichiarino conforme alla *naturalis aequitas*, è schiettamente positivo, e rappresenta la *naturalis aequitas* di Salomone. Prima del regolamento legislativo, che si affaccia non con la costituzione adrianea, ma con le pretese fiscali,

---

(1) Ferrini, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, v. XIII (1901), pag. 149.

(2) *Pandette*, pag. 357, nota 3.

(3) Cfr. Ulp., L. 7, § 12, D., 24, 3; Triph., L. 63, D., 41, 1.

il tesoro doveva andare o tutto all'inventore o tutto al proprietario; la logica dei principî non conosce compromessi. Il concetto romano della proprietà rende forse più plausibile l'idea che nel diritto romano (non diciamo nei diritti provinciali, il cui regime può anch'esso aver contribuito al mutamento) gli oggetti preziosi sepolti nel proprio fondo, e di cui fosse smarrito ogni riallacciamento ad un avente diritto, spettassero al proprietario del fondo, non altrimenti che i metalli, le pietre preziose ed ogni altro elemento che penetri nel fondo e di cui nessuno si possa dimostrar proprietario. Ma donde nasce allora il diritto dell'inventore? Probabilmente la ragione è storica ed accidentale. L'inventore era di regola il proprietario od un suo servo. Quando per la prima volta si affacciarono le pretese fiscali ai tesori si dovè necessariamente attribuire un premio ai delatori, che doveva consistere, come di regola, in una partecipazione al lucro fiscale. Il tenore della costituzione di Costantino (1) appoggia questa induzione, del resto necessaria, più che naturale, e mostra, il che è pur naturale, che delatori erano precisamente gli inventori, ai quali si accorda dall'imperatore la *venia* da ogni *inquietudo fiscalis* e la *medietas* dell'*inventum*, se spontaneamente si denunciano. L'inventore e delatore poteva esser il proprietario del fondo, come poteva essere un terzo qualunque: ma è certo che il regime fiscale accanto alla figura del proprietario e al concetto dell'aderenza al fondo creò un diritto nuovo e forse diè risalto maggiore alle pretese che scaturivano da una fonte nuova, l'invenzione. Una volta penetrati nella stessa vita sociale questi due principî antitetici, Adriano ne costituì la base del nuovo regime.

6. Se le precedenti illazioni non ci portano lungi dal vero, noi saremmo tratti ad una conclusione che ci accosta

(1) L. 1, Cod. Th., 10, 18: cfr. anche la L. 2, *eod.*, in cui pure espressamente si rileva la delazione.

alla discussione dommatica, anzi può ben servire di anello tra la storia e il domma dell'istituto. L'autonomia giuridica del tesoro si costituì precisamente a datare dalle pretese fiscali. Per lo innanzi il tesoro doveva venire, il più delle volte almeno, in considerazione come una *res aliena*. È questo ancora il punto di vista di Bruto e di Manilio, in cui l'acquisto del tesoro si presenta come un caso di usucapione (1). Anche Labeone non conosce che il così detto tesoro improprio (2), e negli scrittori più antichi è sempre troppo vivo il concetto del così detto tesoro improprio, cioè del tesoro, più che nascosto, riposto profondamente per iscopo di custodia o per attingervi solo nei bisogni straordinari (3). La casa antica ha, come lo Stato, il suo tesoro, e la mancanza di una tale organizzazione del credito e dei grandi istituti, che rendesse più sicuro e proficuo affidare i proprî capitali alle banche, spingeva a deporli entro le muraglie o sotterra.

È l'erario o il fisco che con le sue pretese, considerando il tesoro come una *res nullius*, per il primo spinse a dar rilievo piuttosto a quella figura di tesoro che ha smarrito il proprietario e si può veramente annoverare tra i beni *sine domino*. Il momento in cui si delinea e risalta la figura del così detto tesoro proprio e si avanza il diritto dell'erario o del fisco è veramente il più tipico. La crisi catastrofica della Repubblica romana, quando, secondo la frase feroce del triumviro, l'Italia dovè « mutare i suoi abitatori », cioè i possessori del suolo, antichi signori mietuti dalle proscrizioni e vecchi coloni costretti ad emigrare, dovette più che qualunque altra epoca di torbidi indurre l'oblìo sui nascondigli per noi straordinari, per gli antichi stessi ordinari, di

(1) L. 3, § 3, D., 41, 2.

(2) Cfr. L. 15, D., 10, 4; L. 22 pr., D., 10, 2; L. 38, § 1, D., 34, 2. — Cfr. anche Pap., L. 44, D. 41, 2.

(3) Cfr., ad es., in Seneca, *Dialog.*, 7, 24: « beneficium conlocetur, quemadmodum thesaurus alte obrutus, quem non eruas, nisi fuerit necesse ».

danaro contante, anche a prescindere dai nascondimenti provocati dai tristi tempi: ed erano le ricchezze dei signori del mondo. Quando poi spuntò l'êra della più lunga pace, la scoperta dei tesori *sine domino* nelle terre possedute dai nuovi proprietari fu probabilmente così frequente da ispirare al legislatore, che già in una forma o nell'altra, per via di tributi o d'incameramento effettivo, stendeva le unghie sulle eredità, il motivo e la giustificazione dell'acquisto all'erario od al fisco, ***delimitando in senso tecnico il concetto del tesoro precisamente ai tesori sine domino.***

7. La visione storica più sicura e più remota delle fasi del tesoro ci spiana la via nella soluzione dei dubbî e delle difficoltà che si affacciano circa la costruzione dommatica dell'istituto romano, la quale ebbe a subire la critica più radicale ed acerba in due scritti del Perozzi, che hanno vivamente impressionato la scienza romanistica italiana (1).

Gli elementi storici che abbiamo svolto, a parte il grado maggiore o minore di probabilità in alcuni particolari, rivelano certo che un qualcosa di malsano vi ha nelle origini del tesoro, il che potrebbe giustificare le critiche contro l'istituto da un punto di vista astratto. D'altra parte l'incertezza storica ha indotto, a nostro avviso, a determinare i requisiti dommatici del tesoro in una forma che non corrisponde al genuino concetto romano e giustifica anche da un punto di vista positivo quelle critiche, perchè è veramente una forma illogica.

La più fiera battaglia contro l'istituto del tesoro è stata combattuta nella critica ai due requisiti, strettamente connessi, della *irreperibilità* del proprietario e dell'*antichità* del deposito. Il requisito dell'irreperibilità si suol congiungere

(1) Le accuse *contro l'istituto giuridico del tesoro* vennero formulate dal Perozzi in un articolo pubblicato precisamente con quel titolo nel *Monitore dei tribunali*, Milano 1890, e ribadite nel nuovo studio sul tesoro *Fra la fanciulla di Anzio e la Niobide*, pubblicato nella *Rivista di diritto commerciale*, anno VIII (1910), pag. 253-299.

di regola con l'antichità come la conseguenza alla sua causa. Ma non mancano autori, come l'Arndts, il Baron, il Dernburg, i quali distinguono i due requisiti: *a*) il tesoro dev'essere un deposito antico; *b*) non deve potersene ritrovare il proprietario. Il Perozzi critica specialmente la prima formula, che stabilisce un rapporto causale tra i due momenti, in quanto essa presuppone, a suo avviso, che esista un'antichità sufficiente a produrre l'irreperibilità. Ora, egli osserva, io non nego che più il deposito è antico e più scemano le probabilità di determinare il proprietario attuale della cosa: ma per quanto scemino, non possono mai ridursi a zero. Egli stima però, in ultima analisi, che il requisito dell'antichità, anche indipendentemente da questa connessione di causalità, non regga: e quindi rigetta pure la seconda formula. « Un marengo d'oro con l'effigie di Vittorio Emanuele III trovato tra le ruine di un teatro incendiato sei mesi fa sarà tesoro ». Messo su questa via, pertanto, il Perozzi approva quegli scrittori, come il Maynz e in fondo anche il Keller, che non pongono questo requisito dell'antichità nella definizione del tesoro.

Non giova seguire il Perozzi nella sottile disquisizione con cui reputa di giustificare il requisito dell'antichità, se si mantiene il requisito del nascondimento *volontario*. Giova piuttosto stabilire che il concetto comune, per cui egli è condotto ad eliminare il requisito dell'antichità, cioè l'*irreperibilità* del proprietario, è erroneo.

Le fonti romane con una concordia rara esprimono ripetutamente un concetto ben più reciso: il tesoro non ha più un dominus: *ut iam dominum non habeat: quod non alterius sit; non est thesaurus*, e quindi *etiam furtum fit;* pecuniae quae..... competentes *dominos amiserunt* (Cassiodoro). Nessuno scrittore ha preso queste espressioni alla lettera, perchè considerare il tesoro come una vera *res nullius* è parso a tutti assurdo.

A nostro avviso, il concetto delle fonti è chiaro, non solo, ma è l'unico che permetta di separare il tesoro dalle

cose smarrite, perdute o deposte poco tempo addietro da proprietari esistenti, ma per ora ignoti. Il proprietario del tesoro *non è semplicemente irreperibile*, ma è *inesistente*. Il tesoro è una *res sine domino*, una vera *res nullius* di natura speciale, in quanto è stata resa tale dall'estinzione del proprietario e della serie dei suoi successori. Ora la ragione dell'acquisto del fisco, secondo che ci è parso risultare dalla revisione eseguita della storia del tesoro, mostra che il tesoro è appunto pei Romani una cosa che ha perduto il suo proprietario, come dice Cassiodoro.

Ciò posto, il requisito dell'*antichità* viene ad esser messo nella sua vera luce. Esso è l'argomento per cui l'oggetto si può ritenere che abbia perduto il suo proprietario. Se il deposito è recente, il proprietario può egualmente essere irreperibile, benchè sia fenomeno anormale, ma a ogni modo è quasi sicuro che un proprietario esiste e quindi si deve l'oggetto trattare come cosa smarrita.

La determinazione esatta del primo requisito (inesistenza del proprietario) e la giustificazione del secondo (antichità), in quanto è argomento per cui si può presumere l'inesistenza del proprietario, ci spianano la via ad eliminare i dubbî ulteriori suscitati dalla concezione ordinaria. Dato che i Romani partono dal concetto che sia tesoro la cosa che non ha più un proprietario, se il proprietario si fa innanzi, egli ha diritto di reclamare il tesoro e di esperire all'uopo la *rei vindicatio:* poichè sarà chiaro allora che la *pecunia* non era *sine domino*, cioè non era tesoro. Questo punto, per vero, non sarebbe quasi argomento di discussione, perchè si può dire che è l'opinione unanime degli scrittori nel diritto romano e nella legislazione moderna.

Contro questa unanimità impressionante, come egli stesso dichiara, è insorto il Perozzi. Questa unanimità, egli osserva, impressiona anche per il fatto che gli autori ragionano a fil di logica. Ma vi ha una « logica giuridica », che distrugge la forza dell'argomento meramente dialettico con cui si ragiona. La legge ammetterebbe un caso di acquisto del

dominio, il quale mancherebbe dei requisiti logici di ogni acquisto del dominio. I requisiti del tesoro debbono esser stabiliti al momento dell'acquisto. Chi sostiene quindi l'opinione che l'*acquisto sia revocabile*, elimina quel modo di acquisto che si chiama tesoro. « Se voi esigete la certezza matematica sulla irreperibilità del proprietario, non l'avrete mai, nemmeno interrogando tutti gli uomini, perchè chi risponde oggi che la cosa non è sua, potrà trovar domani un documento che dimostri che la cosa è sua ». E in lunghe pagine il Perozzi si occupa di dimostrare questo suo assunto (1).

Ora, questa tesi, che nega la revocabilità dell'acquisto, o, per parlar più esattamente, nega la prova portata in seguito, *che acquisto non vi fu*, è anzitutto viziata alla sua base da un erroneo preconcetto.

Non è punto una singolarità dell'acquisto del tesoro, del diritto dell'inventore e del proprietario del fondo su di esso, che possa esser *revocato in dubbio* e sia (se si vuol calcare la frase) sempre in sospeso. Tutti i nostri diritti e tutti i nostri acquisti lo sono e possono ad un certo momento essere non propriamente revocati, ma *messi in dubbio ed esclusi:* il nostro stato civile, il nostro nome, la nostra cittadinanza, le nostre proprietà, i nostri crediti, le eredità già deferite ed adite. La certezza matematica è fuori del mondo giuridico, perchè è fuori del mondo sociale. Noi ci accontentiamo e ci dobbiamo accontentare sempre di una probabilità (2).

---

(1) *Riv. di dir. comm.*, VIII, pag. 263-271.

(2) Questo stato oscillante dei nostri diritti fu visto anche dagli antichi. Il notissimo passo di Cicerone relativo all'usucapione (*pro Caec.*, 26, 74) lo dimostra: *fundus a patre relinqui potest*, dice l'oratore, ma la sicurezza, la tranquillità di spirito non ci può derivare che dall'usucapione, la quale è perciò *finis sollicitudinis et periculi*.

Quanto all'equivoco scambio, per cui l'autore chiama revocabilità dell'acquisto (e per questa, se fosse ammessa, vi sarebbe veramente insieme col Perozzi da scandalizzarsi) quella che non è se non la prova che acquisto non vi fu, cioè, la negativa dell'acquisto, esso è agevole

Ma l'equivoco del Perozzi, secondo il quale, una volta ammesso l'acquisto, presentandosi il giorno appresso il vero proprietario coi documenti più irrefragabili, dovrebbe andarsene a mani vuote, è stato agevolato dal seguire la formulazione ordinaria dei due requisiti fondamentali. Che se invece si richiede l'*inesistenza* del proprietario, non già l'*irreperibilità*, e quindi si tien ferma l'antichità del deposito, che è il solo elemento il quale possa far seriamente e normalmente presumere l'inesistenza, è chiaro che i casi di scoperta del vero proprietario saranno poco verosimili, per quanto non impossibili.

8. La ragione per cui davanti al concetto del tesoro *res nullius*, benchè formulato dai Romani e dalle moderne legislazioni, i giuristi recalcitrano, è il pensiero che *res nullius* significhi oggetto di immediata occupazione. Ma questo pensiero è un pregiudizio non corrispondente a realtà in nessun diritto e nemmeno nel diritto romano. Vi ha *res nullius* che possono essere acquisite per la così detta accessione, come l'*insula in flumine nata*, che non è certo meno *res nullius* dell'*insula in mari nata*, e i giureconsulti Proculeiani consideravano come fondato sulla condizione di *res nullius* della cosa nuova l'acquisto mediante specificazione (1). È detta *res nullius* l'eredità non adìta, che si acquista mediante usucapione, e sono *res nullius* le *res mancipi* o le cose immobili derelitte, che, a nostro avviso, come abbiamo tentato dimostrare, si acquistano rispettivamente nel diritto classico e nel diritto giustinianeo solo per usucapione (2).

---

e corrisponde a quello, in cui dal lato positivo non di rado s'incorre, appaiando la *vetustas* o la *diuturna*, *longa possessio*, cioè il così detto immemoriale, il cui carattere è presuntivo, non acquisitivo, con la *longi temporis praescriptio*.

(1) L. 7, § 7, D., 42, I: testo che non con buon fondamento, a mio avviso, il Perozzi reputa in questa parte interpolato.

(2) BONFANTE, *Le singole iustae causae dell'usucapione*, n. 2, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XVII, 1894, pag. 128-140 [v. sopra, pag. 327 e segg. e inoltre 342 e segg.].

La ragione giustificativa dell'acquisto da parte del proprietario del fondo, ricercata da molti scrittori in motivi talora bizzarri di equità, è da riporsi con l'opinione più salda nel principio dell'accessione. Ma la fallace posizione del requisito fondamentale del tesoro ha reso facile oppugnare questo concetto precisamente richiamando i principî dell'accessione classica. La mera congiunzione materiale di una cosa all'altra, si dice, non vale a fondare un acquisto di proprietà (1).

Il Perozzi, andando più oltre di tutti, nei suoi due scritti di polemica contro il tesoro e contro tutti gli scrittori dichiara l'acquisto del proprietario del fondo « il più assurdo del mondo, ingiustificato ed ingiustificabile », lo proclama una vera sottrazione a danno dell'unica persona cui logicamente il tesoro dovrebbe andar devoluto. Notevoli sono le parole con cui si esprimeva nel suo primo studio: « Strano che questa proprietà del fondo non conti per nulla rispetto alle cose che si trovano sopra di esso, non conti nulla rispetto agli animali selvatici viventi in naturale libertà che si trovano in esso e che spesso traggono da esso la nutrizione, e che debba contare tanto se la cosa è nascosta entro terra ».

A me sembra che queste esitanze, questi dubbî degli scrittori e queste vivaci dichiarazioni del Perozzi abbiano pur sempre radice in quel concetto che il tesoro è cosa di cui il proprietario è irreperibile. Ma il tesoro è vera *res nullius*, cioè cosa di cui oramai il proprietario è inesistente. Ora ciò mette, a nostro avviso, nella sua vera luce il concetto dell'accessione in questa materia.

Se il tesoro fosse una cosa di pertinenza altrui, noi dovremmo effettivamente ricercare se è avvenuta quella tale congiunzione che ha spento l'individualità della cosa, che ha assorbita questa nella principale, in una parola, quella congiunzione alla quale si può attribuire l'epiteto di orga-

(1) Pampaloni, l. c., pag. 119.

nica, intendendo tuttavia questa parola in un senso più sociale che fisico. Ma per le cose che non appartengono ad alcuno, la proprietà del fondo, cui esse aderiscono, è un titolo di acquisto, *anche senza organica congiunzione.* Ciò non si può dire per gli uccelli che volano e gli animali che scorrono *in libertà* sul fondo (sono gli oggetti che richiama il Perozzi), cioè non aderiscono in niun modo ad esso, ma si può e si deve dire per tutte le cose inanimate non appartenenti ad alcuno o derelitte dal proprietario, che aderiscono al mio fondo, che vi pervengono, che vi affluiscono: i metalli, le pietre preziose, che sono nelle sue viscere o alla sua superficie, gli areoliti che vi piombano, la zolla del fondo vicino che vi cade ed è derelitta dal proprietario, invitato a ritirarla e a risarcire il danno, l'acqua che riempie la mia cisterna, la ghiaia che il fiume porta sulle mie rive, ecc.

Io possiedo il mio fondo di volta in volta come di momento in momento la natura me lo foggia. L'acquisto per occupazione delle cose inanimate non è ammesso dai Romani se non per le *res inventae in litore maris*, cioè nell'unico lembo di terra insuscettibile di proprietà, sia privata, sia pubblica.

Il Perozzi è pieno di tenerezza per l'inventore, egli ne esagera i meriti: l'inventore, egli dice, ha restituito una ricchezza alla società, e ciò legittima il suo acquisto.

Questi meriti, veramente, il diritto romano, o almeno il diritto classico romano, non li ha visti. Con una costanza irremovibile per tutta la storia dell'istituto si esige che la ricerca del terzo avvenga non *data opera*, bensì fortuitamente.

Il merito dell'inventore sarebbe ben maggiore, e tale da assicurargli la gratitudine della società, per la scoperta di una vena metallica, di un deposito di diamanti: e nondimeno il diritto romano non ha mai pensato ad attribuire queste ricchezze ad altri che al proprietario. Nel concetto romano della proprietà, non è la ragione dell'acquisto da parte del proprietario del fondo che noi dobbiamo spiegare, bensì l'acquisto da parte dell'inventore.

9. Anche sugli altri requisiti del tesoro la revisione storica dell'istituto getta nuova luce.

Si richiede, di regola, che l'oggetto sia *di pregio*. L'utilità o il pregio corrispondono, in fondo, alla nozione giuridico-economica della cosa, e non parrebbe che convenga darvi rilievo nel tesoro. Il Perozzi riconosce questo requisito pel diritto moderno, ma lo nega pel diritto romano-giustinianeo su basi esegetiche.

Il Codice giustinianeo, egli dice, non parla che di *mobilia*; la parola è stata sostituita apposta ai *monilia* del Codice teodosiano. « Siccome il Codice (giustinianeo) è posteriore ai Digesti, e si può ritenere che valga per legislazione posteriore rispetto ad essi, così è chiaro che se questi parlano di *pecunia*, il requisito fu modificato dal Codice, estendendo il concetto di tesoro a qualunque cosa mobile, di valore o meno ».

Dubbio è il canone esegetico cui si richiama il Perozzi, perchè le tre parti della compilazione debbono esser considerate come emesse in uno stesso giorno; ma non insistiamo su questo punto, perchè è certo che il carattere più moderno del Codice qualche volta si impone.

Se non che la modificazione non ha quel significato che il Perozzi le attribuisce. Il vero *thesaurus* della civiltà antica, il *thesaurus* classico è costituito sempre dalla *pecunia condita*. Ma nell'epoca di decadenza dell'antica civiltà comincia a emergere quell'altra forma di tesoro che non è più il retaggio di un proprietario estinto, o di una serie estinta di proprietari, bensì il retaggio di una civiltà estinta, e di cui sono espressione caratteristica gli odierni ritrovamenti archeologici; e non è forse a caso che i *monilia condita* compaiono per la prima volta accanto al *thesaurus* nella costituzione di Graziano. Il *mobilia* è stato, sia pure, sostituito non senza intenzione, ma non per eliminare il concetto del pregio, bensì per riunire in una stessa definizione il *thesaurus*, cioè la *pecunia*, e i *monilia*. Il Codice teodosiano distingue *thesaurus* ET *monilia condita*, cioè colloca accanto al vero tesoro classico, alla *pecunia*, oggetti che

subiscono lo stesso regolamento del tesoro, i *monilia;* il Codice giustinianeo riassorbe i due elementi e definisce: *thesaurus*, ID EST *mobilia condita*. Tal è il significato intuitivo e semplice della modificazione.

In realtà questo requisito del pregio è naturale così nel diritto giustinianeo, come nel diritto antegiustinianeo. Ma esso ha pel giurista un significato economico, non crematistico, onde non occorre insistervi, perchè si può ritenere inerente al concetto di cosa. Il darvi risalto nel concetto del tesoro ha una spinta abbastanza ovvia, ma è forse pericoloso, perchè può far supporre che non si abbia tesoro quando questo pregio non è rilevante.

Nondimeno è probabile che il momento crematistico avesse, nel periodo anteriore a Giustiniano, la sua importanza, e ciò spiega il rilievo speciale che esso ha di quando in quando. La narrazione della scoperta di Erode Attico, il quale, invitato da Nerva a trattenere il tesoro, perchè cosa sua, insiste dichiarando che il tesoro è ingente; la prassi amministrativa di Alessandro Severo, il quale usò trattenere i tesori ingenti e lasciare ai privati i più modesti; la dichiarazione di Graziano, Valentiniano e Teodosio nella costituzione mentovata, in cui proclamano di voler liberare l'inventore da ogni timore del fisco e delle delazioni sulla base della *metalli qualitas* o del *reperti modus*, inducono a credere che il fisco, di regola almeno, non avanzasse pretese se non sui tesori ingenti e aurei, sicchè dal punto di vista della prassi fiscale ordinaria questi debbono essere i veri tesori.

10. Anche il requisito del nascondimento è sorgente di dubbî, che possono essere eliminati colla cognizione più esatta dello svolgimento storico.

Il Ferrini elimina questo requisito (1).

Il Perozzi vi insiste, anzi ritiene che il nascondimento debba essere *volontario*, secondo le fonti romane, e che gli

(1) *Pandette*, pag. 163, nota 2.

interpreti, e quindi anche i legislatori moderni, abbiano a torto dimenticato questo requisito della volontarietà, che sarebbe valso a contenere l'idea di tesoro entro certi limiti, dati i quali, l'acquisto con l'invenzione è spiegabile (1). Le fonti romane sembrano veramente alludere al carattere volontario del deposito. Il termine *depositio*, il *condita pecunia* suppongono un atto del proprietario diretto a nascondere il tesoro. Si potrebbe dire, è vero, che le fonti alludono all'*id quod plerumque fit*: la *pecunia condita* è il vero tesoro classico: i ritrovamenti archeologici, che costituiscono il tipo più frequente del tesoro moderno, erano quasi estranei all'evo antico.

Ora la storia del tesoro spiega perchè si insista sul nascondimento eseguito da un proprietario scomparso. I Romani dovevano eliminare dal concetto di tesoro, sia di fronte alle pretese fiscali, sia di fronte alle pretese dell'inventore, tutti gli elementi, sia pur di pregio, che hanno una connessione originaria e integrante col fondo, che non vi sono stati *depositi per ragioni di custodia*. Uno dei casi più tipici di questo genere, in cui la falsa visione della storia del tesoro ha tratto in abbaglio, è la scoperta del tesoro nei sepolcri. Di simili tesori parlano le fonti (2). Ora a noi sembra che in simili ipotesi la parola *thesaurus* si debba intendere precisamente in quel senso specifico in cui le Pandette la adoperano, cioè nel senso di *pecunia condita*. Si allude, in altri termini, ad un nascondimento di denaro contante fatto nel sepolcro *ab antiquo* per custodire e salvare il denaro, non ad oggetti sepolti col cadavere per iscopo di culto e di pietà, come ritengono gli scrittori (3). Per quanto antico fosse il sepolcro, poichè esso, come luogo religioso, non aveva, sino dalla sua erezione, un proprie-

(1) Perozzi, l. c., pag. 257-258.

(2) § 39, I., 2, 1; L. 3, § 10, D., 49, 14.

(3) Cfr. per tutti, in questa erronea direzione, Czyhlarz, *Glück's Fortsetzung* (Cont. Glück, trad. it. Soc. ed. libr.), vol. XLI-XLII, § 1738, nota 58.

tario vivente, ma si concepiva come proprietà eterna dei Mani del defunto, lo spoglio di oggetti ivi deposti per iscopo di culto e di pietà doveva sempre ricadere sotto la sanzione penale dell'*actio sepulchri violati*, che era *popularis*.

11. Con lo stesso ordine d'idee, cioè ritenendo che il tesoro sia una speciale *res nullius*, è agevole risolvere una controversia che l'oscurità dei principî ha fatto sorgere in questa materia: se sia tesoro un oggetto che fu nascosto, ma che ora non è più, ad esempio, per essere stato messo allo scoperto da cause naturali: in altri termini, se la scoperta del tesoro debba farsi dall'inventore. Un interessante caso di questo genere si è presentato in tempi recenti alla giurisprudenza italiana (1). I giudici negarono la scoperta e quindi l'acquisto da parte degli inventori.

Il Ferrara, insistendo specialmente sul carattere casuale della scoperta, com'è configurata nel concetto di tesoro, onde l'opera dell'uomo è un *adiectum* giuridicamente irrilevante, ammise l'acquisto secondo le norme del tesoro, ritenendo che trattisi pur sempre di tesoro. Quanto al requisito del nascondimento, egli osserva, esso è richiesto all'origine, non al momento dell'acquisto. Il tesoro resta tesoro, anche se per eventi naturali venga allo scoperto.

Il Perozzi, pronunciandosi molto vivacemente contro il Ferrara e contro la decisione, afferma che il tesoro già scoperto per forza naturale non è più tesoro, e quindi come *res nullius* deve cedere per intero al primo occupante. Noi respingiamo la tesi del Perozzi. Anche se il tesoro avesse

(1) Alludiamo alla presa di possesso della testa della così detta fanciulla di Anzio, per opera di alcuni pescatori sulle rive di Anzio, la qual testa era stata messa allo scoperto, staccata dal tronco e gittata sulle rive del mare di Anzio dalla furia di una tempesta. Il caso fu deciso dalla Corte di appello di Roma con sentenza 28 luglio 1906, *Foro it.*, 1906, I, pag. 1332. La sentenza fu annotata dal prof. FERRARA, in *Foro it.*, 1907, I, 54 e segg. Contro il Ferrara si pronunciarono il GALGANO, in *Filangieri*, vol. XXXIII, pag. 16 e seguenti, e il PEROZZI, l. c., pag. 275.

cessato di esser tale, esso sarebbe pur sempre una parte del mio fondo, sinchè io non l'ho derelitto, non altrimenti che una zolla staccata da un franamento. Ma, in realtà, il Ferrara ha pienamente ragione, perchè il tesoro è sempre tesoro, e come tale è bensì una *res nullius*, ma una *res nullius* di carattere particolare: una cosa, ripetiamo l'espressione romana, che *ha perduto* il suo proprietario. Che sia stata messa allo scoperto da forze naturali non ne muta il carattere. Essa dev'essere acquisita all'inventore e al proprietario del suolo secondo le norme dettate per questa speciale *res nullius*.

12. Pertanto la revisione storica eseguita circa l'istituto del tesoro, prendendo le mosse dal testo di Calpurnio Siculo, restituito alla sua vera data, ci ha permesso di formulare in modo più esatto, adeguato, e non soggetto, per quel che ci sembra, a niuna critica, i singoli requisiti del tesoro e principalmente il requisito fondamentale: l'*inesistenza* del proprietario, che a torto si converte nella sua *irreperibilità*.

XVII.

Servitù e limitazioni del dominio [*].

1. Nell'analisi comparativa degli istituti romani ed ellenici servitù e testamento si avvicinano per due caratteri interessanti. Sono istituti il cui esame insegna, in una forma abbastanza intuitiva, l'opposizione che esiste tra la struttura e la funzione negli istituti giuridici, e sono anche istituti in cui (senza voler assurgere con questo ad un principio di ordine generale) l'opposizione tra il diritto romano e il diritto greco si può fissare quasi in un'opposizione tra l'impero della volontà individuale e quello della volontà collettiva, cioè della legge.

Il nome di servitù nel diritto classico di Roma non solo è escluso per le limitazioni legali del dominio, ma non spetta che alle servitù *prediali:* è l'elaborazione romano-ellenica del diritto che ha estesa e turbata la categoria delle servitù, creando le così dette servitù *personali*, le quali esistevano bensì, o almeno esistevano due di esse, l'usufrutto e l'uso, ma non erano qualificate come servitù. Anche questa cognizione è uno dei risultati della nuova scienza romanistica, e anche prima delle indagini storiche l'analisi dommatica aveva scorto che le due categorie non avevano proprio di comune che il nome.

[*] Dalla *Riv. di Storia antica*, XIII, 1910. È la parte dello scritto generale sulle *affinità giuridiche greco-romane* in polemica col professore G. De Sanctis dell'Università di Torino, relativa alle servitù. La ripubblico, lasciando inalterato il carattere polemico per le ragioni che esposi a suo luogo in nota alla parte relativa al testamento (*Scritti giur. vari*, I, pag. 337, n. 1). Del resto, ripeto anche ora, questo carattere *da parte mia* non è troppo accentuato nè turba l'ordine logico.

Il bisogno cui provvedevano le servitù prediali, cioè le vere e proprie servitù, cui d'ora innanzi limiteremo il discorso, è quello di regolare i rapporti di vicinanza fondiaria e in origine i rapporti di vicinanza tra fondi rustici, giacchè le servitù urbane sono spuntate in epoca più recente. Le più antiche e le tipiche tra di esse (le sole che fossero *mancipi*, secondo una dottrina, alla quale io pure ho acceduto, ma che mi sembra ora piuttosto dubbia) [v. sopra a pag. 107, n. 1] sono la servitù di passaggio, nelle sue varie forme (*via*, *iter*, *actus*), e la servitù di acquedotto. La prima provvede l'accesso al fondo, che ne è privo, o abbrevia la strada per giungervi; la seconda porta l'acqua dove essa è indispensabile o utile per la coltura dei fondi.

Ma basta che questi bisogni esistano, e che esistano istituti per soddisfarli, affinchè si possa dire che esistono le servitù? In realtà questi scopi esistono dovunque esiste proprietà fondiaria e coltura: sicchè si dovrebbe conchiudere che le servitù sono un istituto universale; e già qui appare come la funzione abbia un'importanza secondaria per istituire una comparazione e stabilire la genesi di un istituto. Base della comparazione dev'essere la struttura: quanto alla genesi, gli elementi più preziosi sono spesso per l'appunto quelli che a un dato momento storico paiono membra inutili e intralciano piuttosto le funzioni nuove e vitali dell'istituto. È in questa guisa stessa che nel campo della biologia la struttura anatomica ha maggiore importanza della funzione fisiologica e gli uccelli possono essere riavvicinati ai serpenti: gli è pure in questa guisa che nella scienza del linguaggio il significato della parola ha un'importanza secondaria rispetto alla forma: anche in lingue affini, due parole esprimenti lo stesso concetto non per questo hanno la stessa radice, e non si eviteranno abbagli, finchè non ci si persuada che si deve procedere nel diritto con la stessa tecnica e con la stessa analisi.

Ora, come agli scopi di provvedere al dissodamento dei terreni incolti e alla coltura dei latifondi può essere ordi-

nato un regime o l'altro di natura opposta, o il regime del possesso o quello del contratto obbligatorio o quello del diritto reale (il diritto romano passò nell'enfiteusi dall'un regime all'altro), così allo scopo di provvedere al passaggio delle persone o delle acque si può in modo assai vario provvedere: o mercè l'attribuzione in proprietà del sentiero o dell'acquedotto, o mercè la costituzione di un condominio su di essi, o mediante un contratto che dia origine ad un rapporto obbligatorio tra le parti, o mediante la concessione precaria dell'uso, o mediante la costituzione volontaria di un diritto sulla cosa, o mediante la coazione legale, e questa anche in una duplice forma: o nella forma di un obbligo imposto dalla legge al vicino in determinati casi, o nella forma di un peso inerente alla cosa presso qualunque possessore e in perpetuo.

La forma prescelta dal popolo romano (come il popolo romano sia venuto a questa concezione è gravemente controverso) è quella di un asservimento del fondo, consentito formalmente e solennemente dal proprietario attuale, che una volta costituito grava sul fondo nelle mani di qualunque proprietario esso trapassi per qualunque titolo: *fundus servit*. Certo è lecitissimo, almeno nell'epoca storica, dato lo sviluppo assunto dal concetto di obbligazione, accordare quest'uso della cosa propria vincolandosi per contratto o concederlo in via precaria: ma il contratto non obbliga precisamente se non le parti contraenti e gli eredi, il precario è revocabile *ad nutum*, e l'uno e l'altro rapporto non sono servitù. Quanto alle limitazioni legali della proprietà, esse ripugnano al diritto romano classico, e le pochissime che si hanno nel diritto classico sembrano scomparire via via che si risale nell'antichissimo diritto, ovvero, come l'*actio aquae pluviae arcendae*, assumono un carattere opposto: sono istituti diretti a tutelare la libertà dei fondi, non a restringerla. Il problema, ad ogni modo, non importa al nostro oggetto. Una cosa è certa: che quelle riconosciute non sono mai in funzione di servitù. Un passaggio forzoso

(l'*iter ad sepulchrum* è interpolato ed ha un carattere ambiguo e straordinario), un acquedotto coattivo a favore del vicino sono istituti ignoti al diritto romano.

Come le servitù non hanno il contenuto delle limitazioni legali, così a queste non spetta il nome di quelle. Nessuno scrittore di diritto romano usa la designazione odierna di servitù legale; i Pandettisti tedeschi (vedremo più sotto che cosa dice il più ampio trattatista speciale, l'Elvers) non avvertono nemmeno della terminologia usata dai nostri Codici, o la respingono con brevi parole di critica.

Solo i francesi vi si fermano più a lungo appunto per riguardo alla terminologia del proprio diritto. Ed essi ne traggono occasione per muover critiche al proprio legislatore; critiche che io reputo financo (è questo un punto sul quale, come vedremo, il De Sanctis è caduto in un inesplicabile abbaglio) eccessive (1).

2. Ciò premesso, ecco la dichiarazione testuale che io faceva nella mia recensione alla *Storia romana* del professore G. De Sanctis, rilevando l'antitesi tra istituti romani e istituti greci, la qual dichiarazione può essere ora assunta come tesi della presente disamina: « Non esistono (nel diritto greco), fenomeno che sembra ancora più strano, le servitù » (2).

---

(1) Mi limito a riferire le parole del più recente illustre trattatista, il GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it. Longo, 1909, pag. 268. Dopo aver criticato nel testo la designazione poco felice di servitù legali non usata mai dai Romani, soggiunge in nota: « Il *Code civil* le chiama *obligations*, ma più sovente le chiama *servitudes légales*, e così esse vengono ordinariamente chiamate. Ma esse non sono nè obbligazioni, nè servitù legali: non sono obbligazioni, diritti personali, perchè gravano su tutti i proprietari dell'immobile, invece di passare ai soli successori universali del debitore: non sono servitù prediali, perchè non si ha un fondo dominante e un fondo servente, e non vengono ad esser loro applicati i modi di estinzione delle servitù ».

(2) *Riv. di sociologia*, XII, 1908, pag. 251.

A questa asserzione opponeva il De Sanctis, nella risposta alla mia recensione, la seguente dichiarazione, che ripete ora testualmente nell'articolo diretto contro di me (1).

« Ma che sa il Bonfante di diritto greco? Si vede quando afferma che non esistono nel diritto attico le servitù. Ora questo, *dovunque egli lo abbia preso*, è un grave errore: non solo il diritto attico conosce servitù personali e reali, ma gli antichi notarono quel che il moderno professore di diritto romano sembra dimenticare, che *la legge delle dodici tavole concernente le servitù prediali* è tradotta da una legge di Solone, di cui, per buona ventura, è conservato il testo (Gai., D., X, 1) [la legge, cui allude il De Sanctis, è la L. 13 del titolo citato] ».

Questa dichiarazione è, come si vede, ripubblicata ora pari pari dal De Sanctis nel suo volume, benchè io avessi risposto nel mio secondo articolo nel modo che segue:

« Traccie di servitù prediali nel diritto greco non esistono punto: ciò è riconosciuto da tutti, e persino, con dolore, da coloro che amerebbero trovarvele, come lo Scialoja, il quale ne vorrebbe trarre argomento per dimostrare l'origine delle servitù dalle limitazioni della proprietà, e lo stesso Beauchet (III, 172), citato per equivoco dal mio contradditore ». E più precisamente io soggiungeva appresso in merito alla sua argomentazione: « Per le servitù egli cita un passo del Digesto, che io avrei dimenticato (e non immagina su che trito testo (2) ha messo le mani!), relativo alle distanze da osservarsi nei lavori dei campi (che sarebbero state desunte da una legge di Solone), cioè relativo alle *limitazioni della proprietà*, non alle servitù prediali: nessuno si è mai sognato di riferire quel testo alle servitù,

---

(1) V. nel volume polemico del De Sanctis intitolato: *Per la scienza dell'antichità*, Torino, ed. Bocca, pag. 405.

(2) Trito testo, preso naturalmente in considerazione da me tanto nelle mie Istituzioni a proposito delle *limitazioni del dominio*, quanto nella mia storia del diritto romano, sia a proposito delle XII Tavole sia nell'esposizione dell'antichissimo diritto.

e, d'altra parte, una servitù di distanza è assolutamente sconosciuta. La rubrica stessa del titolo (regolamento dei confini), le parole iniziali del testo dovevano rendere un momento esitante il De Sanctis. L'equivoco del mio contradditore si spiega, com'è chiaro, per l'uso dei Codici moderni di chiamare col nome di servitù (servitù legali) il regime opposto delle limitazioni; uso che è appunto seguìto dal Beauchet nell'esposizione del diritto attico, e che egli giustifica in un capitolo speciale con ragion di utilità e per imitazione appunto di alcuni Codici moderni, come il Codice civile francese (Beauchet, loc. cit., pag. 157-158) ». Debbo aggiungere ora cosa che l'amor di brevità e il desiderio di risparmiare il De Sanctis mi fecero omettere: dire « *la legge delle XII Tavole concernente le servitù prediali* » è una espressione curiosamente inesatta, perchè nelle XII Tavole non vi ha una legge concernente le servitù prediali, salvo che non si voglia attribuire tal nome alla legge, che ordina la larghezza della via, legge che non ha punto che vedere col testo citato dal De Sanctis, che è uno dei *varî testi* relativi ai rapporti legali di vicinanza. Questa minuzia, ad ogni modo, ha un valore secondario. Quel che rileva essenzialmente è il duplice vizio logico di quel richiamo. Anzitutto, negando l'esistenza di servitù nel diritto greco, io non poteva alludere se non a quelle che sono vere ed uniche servitù nel linguaggio e nel sistema romano; in secondo luogo, anche dato, il che non è, che il sistema romano permetta la terminologia delle servitù legali, è chiaro che, discutendosi la questione se in questa parte del regime fondiario il diritto romano abbia una struttura analoga o antitetica al diritto greco, a chi nega l'esistenza di servitù prediali nel diritto greco non si può opporre che esistono le servitù legali; un qualche regime fondiario deve pure esistere. Con la stessa logica a chi negasse l'esistenza in un dato diritto del testamento o della successione per volontà del defunto in generale si potrebbe obbiettare: ciò non è vero, perchè esiste la successione legittima; e a chi negasse

l'esistenza di obbligazioni *ex lege*, come probabilmente nello antichissimo diritto romano, si potrebbe rispondere parimenti che questo è un errore, perchè esistono le obbligazioni contrattuali.

Ma le parole del De Sanctis: « questo, dovunque egli lo abbia preso, è un grave errore », potrebbero far supporre, per lo meno, che la mia fosse un'opinione alquanto peregrina, mentre in questa controversia, che si può considerare esaurita, e circa la quale noi aggiungeremo ben poco, è l'opinione dominante. Giova riportare le parole di uno scrittore, che ha indagato come non si poteva meglio il problema e che sarebbe piuttosto incline, come vedremo, a riconoscere l'esistenza di servitù nel diritto greco, e si mostra quasi dolente di non trovarne le tracce: Vittorio Scialoja (1): « L'*opinione dominante* tra gli scrittori di diritto è che per lo meno non si possa affermare l'esistenza delle servitù propriamente dette ». Scialoja cita, dei più antichi, il Petit; dei più recenti, Meier e Schömann, Platner, Telfy, Voigt, Leist, Hermann e Thalheim, Lipsius, quantunque, osserva, non tutti si esprimano correttamente, alcuni essendo più filologi che giuristi. Nel riportare l'opinione contraria del Dareste (che riconosce nel diritto attico servitù di pascolo, di passaggio, di acquedotto, di stillicidio e finalmente la *servitus aedificandi*), alla quale il Lipsius aveva negato ogni fondamento, lo Scialoja dichiara di avere interrogato in proposito l'autore, « parendogli che questi tacitamente si fondasse sopra l'orazione di Demostene contro Callicle », e l'illustre francese confermò la sua supposizione.

Poniamo dunque bene in chiaro che non è una tesi peregrina la mia, nè si possono richiamare le servitù legali, discutendo delle servitù prediali, come lo stesso Scialoja osserva: « Queste ultime (cioè le servitù che il nostro Codice chiama stabilite per fatto dell'uomo) sono le vere servitù, secondo il concetto romano di quest'istituto, *e solo di queste*

(1) *Atti della R. Acc. delle Sc. di Torino*, vol. XXV, 1889-1890, pag. 794.

può dubitarsi se nel diritto greco esistessero (Scialoja, l. c., pag. 793) ».

Ma il De Sanctis, nel suo libro di polemica, oltre alle parole che abbiamo riferite, amplia in altri punti il discorso (pag. 448-452), rispondendo alla mia replica. Riferiamo anche qui testualmente, con una certa malinconia, le sue parole, facendo seguire alle singole parti del suo discorso la discussione relativa al punto, la quale involge la critica agli equivoci del De Sanctis: « Egli (il Bonfante) aveva asserito che nel diritto greco non esistono le servitù. Ribadisce ora che questo « è un dato di fatto, non un'idea (1): che « tracce di servitù prediali nel diritto greco non esistono punto »: che « ciò è riconosciuto da tutti », persino dallo stesso Beauchet « citato per equivoco dal mio contraddittore ». Tutto ciò è falso: falso che l'assenza di servitù nel diritto greco sia un dato di fatto; falso che ne manchino tracce; falso che il mancarne tracce sia riconosciuto dal Beauchet; falsissimo che il Beauchet sia da me citato per equivoco. « Nul doute (scrive il Beauchet nel miglior libro che si abbia intorno al diritto privato attico) que l'on devait rencontrer dans le droit grec la plus part des servitudes prédiales (établies par le fait de l'homme) que nous trouvons à Rome (*Histoire du droit privé de la République Athénienne*, III, pag. 172) ». E dopo aver detto che non solo deve presumersi l'esistenza di tali servitù, ma ve ne hanno tracce effettive, che enumera, afferma, intorno alle servitù personali riconosciute nel diritto romano: « ces servitudes ont dû être également pratiquées dans le droit attique, et celui-ci en a même admis d'autres, en raison de la grande liberté qu'il reconnaissait aux parties dans leurs conventions » (*Ibid.*, pag. 173). E non c'è bisogno di commenti ».

Quattro falsità mi sono qui imputate. Le due prime si riducono ad una sola: la mia asserzione che tracce di ser-

(1) Questa dichiarazione io la faceva in generale per le mie enunciazioni giuridiche in contrasto col De Sanctis.

vitù non vi hanno per ora nel diritto greco. Nulla vieta, soggiungo, che in avvenire non si possano scoprire di simili tracce, per quanto sia poco probabile; ma per ora non ve ne ha. Di ciò diremo in seguito, perchè è l'oggetto essenziale della discussione. Rispondiamo alle altre due imputazioni di falsità: che il mancarne tracce sia riconosciuto dallo stesso Beauchet (3ª falsità) e che quindi questi sia citato per equivoco dal De Sanctis (4ª falsità). Anche queste due imputazioni si conglobano naturalmente in una sola. Ora, per rispondervi io non ho che da completare e interpretare meglio la citazione del Beauchet, riferita dall'autore: « *Les sources sont presque entièrement muettes sur les servitudes établies par le fait de l'homme.* Nul doute cependant que l'*on devait* rencontrer dans le droit grec la plupart des servitudes prédiales que nous trouvons à Rome, comme le *ius eundi*, le *ius agendi*, la *via*, l'*aquaeductus*, le *ius oneris ferendi*, le *ius non altius tollendi*, ecc. ». Il De Sanctis ha omesso la dichiarazione del Beauchet circa lo stato delle fonti, e non ha posto attenzione al significato della frase *on devait rencontrer*, che egli ha inteso come se il Beauchet dicesse *on rencontre*. Ora, *on devait rencontrer* significa: si dovrebbero incontrare, ma in realtà non si incontrano. Il De Sanctis accusa me di essere « digiuno a un tempo di diritto greco e di lingua francese (pag. 452) »: io, che, passati i tempi della beata infanzia, ho appreso a sorridere di questo linguaggio bizzoso, mi contenterò di osservare che egli non pondera adeguatamente nè gli scrittori, nè i testi. Egli interpreta la convinzione del Beauchet (ed io ben riconobbi che la convinzione del Beauchet era in senso favorevole) nel senso di una constatazione di fatto. Le ragioni del Beauchet per la sua tesi sono derivate dalla libertà contrattuale dei Greci, argomento che dovremo valutare.

Ma tengasi presente che trattasi di argomenti e non di tracce reali dell'istituto, di ipotesi, non di fatti, e di ipotesi favorite precisamente dalla costante simpatia

che ispira l'unità giuridica greco-romana (1). Vero è che il Beauchet alle parole *entièrement muettes* prepone un *presque*: ciò avviene perchè in seguito, contro l'opinione dominante che *jusqu'à présent les documents ne nous signalent aucun cas de servitude conventionnelle proprement dite*, timidamente oppone la specie dell'orazione di Demostene contro Callicle e altre non felici interpretazioni, di cui diremo in seguito.

3. Prosegue il De Sanctis (pag. 449): « Veniamo al mio preteso equivoco. Seguendo la terminologia adottata da quasi tutti gli scrittori di diritto greco, ho incluso tra le servitù le limitazioni della proprietà, stabilite per legge, e ciò perchè, secondo l'avviso di molti giuristi, che io condivido, « il y a véritablement servitude toutes les fois qu'un propriétaire se trouve empêché, soit par la loi, soit par le fait de l'homme, de faire sur son fond tout ce qui lui est permis par le droit naturel » (Beauchet, III, pag. 157). E in nota: « Per citare solo un altro esempio, anche nel miglior lavoro che si abbia sulla proprietà fondiaria in Grecia, quello di P. Guiraud (pag. 191 e segg.), si designano costantemente come servitù le limitazioni legali della proprietà. Il Bonfante ignora certamente questo libro: chè, sebbene *la sua audacia sia smisurata*, avrebbe *arrossito* di rivolgere al Guiraud *le contumelie che dirige contro chi accetta talĕ terminologia* ».

Rileviamo anzitutto che il De Sanctis è sempre vittima di strane illusioni. Dove mai io rivolgo, non dico la *menoma*

(1) Perchè poi il De Sanctis in ordine alla libertà contrattuale mi citi il passo: « ces servitudes ont dû être également pratiquées, ecc. » relativo alle così dette servitù *personali*, non comprendo; se non è un altro documento della sua ignoranza del tema, è per lo meno una nuova distrazione. Non insisto su questa inesattezza, tanto più che il Beauchet si richiama alla libertà contrattuale anche per le servitù vere e proprie, e il De Sanctis non avrebbe che a sostituire la vera citazione a quella errata.

contumelia, ma *una parola sola di critica* alla terminologia delle servitù legali? Non potrei farlo, tra altro, perchè ho sempre difeso questa terminologia contro le critiche di cui era fatta oggetto (1), per quanto sia da tempo persuaso che alcune di queste critiche sono assai gravi, come altresì ritengo ora che il trasporto della nostra terminologia nel

---

(1) Io l'ho difesa, specialmente contro le ripetute e gravi critiche del Brugi, nel mio Corso di lezioni sui diritti reali (1902-1903, pag. 94-102) e sono tornato a difenderla nel mio Corso di lezioni sulla proprietà, dell'anno 1909-1910, pag. 130-137, con qualche attenuazione. Riferisco le conclusioni di quest'ultimo Corso:

« Che il concetto non sia romano è un punto sul quale non sorge il menomo dubbio. A parte la designazione tecnica di *servitus*, che è propria esclusivamente di quelle che noi diciamo servitù convenzionali, non è mai l'azione delle servitù che viene adibita a tutela dei rapporti legali di vicinanza, bensì o l'azione negatoria, quando questi rapporti significano una tutela del dominio, o azioni speciali ed interdetti. Tuttavia nella critica astratta del concetto si è forse esagerato, non scorgendo che l'estensione del concetto di servitù era preparata dalle alterazioni intervenute nell'epoca romano-ellenica. A giustificazione dell'odierna terminologia si osservi invece che nel diritto giustinianeo, ammessa la costituzione tacita di servitù, è abolita una gran barriera tra servitù e limitazioni della proprietà; e se a questo aggiungiamo che alcune delle limitazioni della proprietà di tipo nuovo, come quelle relative al passo necessario e al diritto sull'acqua, che sovrabbonda al fondo vicino, si riaccostano (quanto al contenuto e alla funzione) ai tipi classici delle servitù di passaggio e di acquedotto, se consideriamo che la differenza relativa alle azioni nella procedura giustinianea, e più nella moderna, si è resa assai tenue, non è punto ingiustificato il riassumere nel diritto moderno le limitazioni della proprietà e le servitù sotto un'unica categoria. Il vero inconveniente non è di chiamare con lo stesso nome le servitù e le limitazioni legali della proprietà, ma di esser indotti ad adoperare la stessa designazione per quei rapporti che non sono che mere estrinsecazioni della proprietà, conseguenza naturale dello stato reciproco dei fondi. In realtà le così dette servitù legali del nostro diritto racchiudono elementi molto eterogenei, a cui non potrebbe convenire, nemmeno nella sua più larga intelligenza, il termine romano *servitutes* ».

Nella nota 1 a pag. 133 osservo poi, che « il concetto sembra si affacciasse nel diritto bizantino » e cito l'espressione δουλεία della L. 12, § 26, Cod., 7, 68, di Zenone, usata a designare una limitazione della proprietà, espressione per vero che manca nei Codici migliori, onde il Ferrini la suppone interpolata.

diritto greco non sia cosa scevra di pericolo. Io diceva (si riscontrino le mie parole citate sopra) che è questa la terminologia dei Codici moderni e tal uso, seguìto dal Beauchet, è stato causa dell'equivoco del mio contraddittore, inducendolo a richiamare una limitazione legale della proprietà in un discorso che si aggirava sulle vere servitù romane (1). Liberissimo il De Sanctis, come il Beauchet, come il Guiraud, di adottare la terminologia delle servitù legali per le limitazioni legali della proprietà, a patto di ricordarsi che tale non è la terminologia romana, e che *la questione se esistano delle servitù nel diritto greco concerne le servitù vere e proprie.*

Quanto alle parole del Beauchet, citate dal De Sanctis, esse sono parte della discussione su questa terminologia, la quale, come ho detto, non è scevra di dubbî nello stesso diritto moderno. A quelle parole, che rappresentano uno degli argomenti con cui la terminologia si giustifica, il Beauchet fa seguire questa conclusione: « Quoi qu'il en soit au point de vue rationnel et philosophique, il nous semble qu'il y a une certaine utilité à réunir dans un même cadre des dispositions qui ont entre elles un grand rapport de ressemblance et qui affectent avant tout les héritages eux-mêmes ».

Torniamo al De Sanctis (pag. 449-450): « E si badi che persino tra quelli che non adottano questa terminologia, ve ne hanno, i quali riconoscono che è perfettamente giustificata: basti citare qui il libro fondamentale dell'Elvers sulle servitù. Si aggiunga che *per la questione che ci occupa la distinzione non ha importanza* (!) ». E in nota è la citazione

(1) Non ignoro certamente l'opera del compianto GUIRAUD. Ma dato che io dirigessi *contumelie* (come dico nel testo, *non rivolgo nemmeno critiche*, perchè non riprovo la terminologia!), non comprendo bene perchè dovrei arrossire precisamente di fronte al GUIRAUD e non di fronte al BEAUCHET e altri scrittori, tra cui vi ha scienziati, diciamolo pure francamente sin d'ora, che in questa materia delle servitù hanno ragionato meglio del GUIRAUD, che prende anch'esso i suoi abbagli.

dell'Elvers con alcune osservazioni: « Es lässt sich nicht leugnen... dass sie (die s. g. Legalservituten) wie die Realservituten ein Recht verliehen, welches mit dem Eigenthum eines andern und zwar des Nachbargrundstücks untrennbar verbunden ist, und das man daher, da die Entstehung durch gesetzliche Vorschrift so wenig mit dem Charakter einer Realservitut unverträglich sein sollte wie mit dem eines Usufructus, der doch nach der Meinung aller ohne seine Natur zu verändern ein gesetzlicher sein kann, diese Eigenthumsbeschränkungen der vollig gleichen Structur wegen dem Gebiete der Realservituten zuweisen könnte ». Del resto è evidente che in *varie* servitù enumerate dai giuristi romani, per es. quella di *iter*, non poteva non esservi un elemento essenziale e naturale indipendente dalla convenzione privata (cfr. Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 497), il quale doveva essere, indipendentemente dalle convenzioni private, riconosciuto e protetto dalla legge ».

Ora coloro *che non adottano* la terminologia delle servitù legali sono *tutti i romanisti*. Coloro che l'adottano, *bon gré*, *mal gré*, sono tutti i civilisti, nè io ho da fare obbiezione, perchè tale è l'uso del Codice, e perchè anche scientificamente appartengo, come ho detto, alla schiera dei più tolleranti, e da un lato riconosco che per lo meno in alcune limitazioni legali *moderne*, come l'acquedotto coattivo ed il passo forzoso, la terminologia romana sarebbe pienamente giustificata, dall'altro lato osservo che qualunque regime fondiario, o legale o volontario, stabilisce un complesso di restrizioni all'uso della cosa propria, un asservimento, se si vuole, che può usurpare il nome romano di servitù.

Ma il De Sanctis (probabilmente per un cattivo suggerimento) cita anche il trattato dell'Elvers, che è di diritto romano. Se non che l'Elvers adotta la terminologia che tutti i romanisti adottano: soltanto, nel più ampio trattato sulle servitù, stabilendo le relazioni delle servitù coi diritti analoghi sulle cose pubbliche, col precario parziale,

col pegno, con l'ipoteca, ecc., si occupa anche a pag. 293 (a questa pagina, rimasta nella penna al De Sanctis, si riferisce la sua citazione) delle relazioni dell'istituto con le moderne servitù legali e dell'uso di una siffatta terminologia nel diritto moderno, e, come io non ritengo, anche egli non ritiene ingiustificata l'estensione del termine; ma fatta questa concessione, l'Elvers ha una chiusa, che il De Sanctis di nuovo non riferisce, ed è che tale uso del termine non accade di trovarlo nei giureconsulti romani e non è raccomandabile dal punto di vista del sistema romano: « wenn dies dennoch nicht von den römischen Juristen geschieht und sich auch nach der Anlage des römischen Systems nicht empfiehlt, etc. ».

Quanto alla citazione del Karlowa, essa è un nuovo equivoco del De Sanctis: il Karlowa non dice se non ciò che tutti riconoscono, che la servitù di *iter*, come *tutte* le servitù (non *varie* tra esse!), ha un carattere tipico. I diritti di servitù, che la volontà delle parti può stabilire sulla cosa, *nel diritto romano* sono quelli soli che la legge ha configurato e consente di stabilire: il che è precisamente contro il De Sanctis (v. appresso, n. 4). Circa la chiusa di questa parte delle osservazioni del De Sanctis, che « per la questione che ci occupa *la distinzione non ha importanza* » sarà chiaro oramai che non è che la malinconica ripetizione dell'equivoco fondamentale. La questione ha importanza, anzi *that is the question*, perchè le servitù legali e le servitù convenzionali rappresentano precisamente i due regimi tipici opposti, e perchè (ripeto le parole dello Scialoja) solo di queste (delle vere servitù) può dubitarsi e si dubita se nel diritto greco esistessero.

4. Eliminati gli equivoci e limitata la discussione al vero problema, che è l'esistenza nel diritto greco delle vere servitù prediali, cioè stabilite, diremo coi moderni, pel fatto dell'uomo, qual'è l'argomentazione dei seguaci della tesi affermativa? Essa è tale da sbigottire, e mi duole sincera-

mente, perchè io mi trovo qui a dover sottoporre a severa critica i due scrittori francesi di diritto greco: e chi mi salva dall'accusa di usar loro contumelia, se questa imputazione mi colpisce perfino quando io non riprovo punto un asserto? Se ad ogni modo questa argomentazione è ripetuta dal De Sanctis, non gli si può far certo veruna colpa.

Il Beauchet, il Guiraud, e dietro a loro il De Sanctis si fondano tutti sulla *libertà contrattuale.*

Ecco le parole del Beauchet (III, 172): « La loi accordant aux particuliers une liberté presque absolue en matière de contrats, une servitude quelconque pouvait être établie par convention du moment qu'elle ne se trouvait pas en opposition avec des règlements d'intérêts général et supérieur. Pour l'établissement d'une servitude ainsi que pour la transmission de la propriété, et à plus forte raison, un simple pacte suffisait ».

Guiraud (pag. 194-195): « Toutes ces servitudes présentaient ce trait commun qu'elles derivaient d'un texte de loi et non de la libre volonté des parties.....

« Est-ce à dire qu'en Grèce les servitudes conventionnelles *fussent expressément prohibées? C'est peu probable*, si l'on songe que la loi, sauf de très-rares exceptions, accordait aux particuliers une liberté absolue en matière de contrats. Tout pacte qui ne se trouvait pas en contradiction formelle avec un principe de droit public était parfaitement licite, et dès lors *on se demande ce qui aurait pû empêcher un propriétaire d'assujettir son fonds à une servitude non prévue par le législateur. La seule affirmation qui nous soit permise c'est que jusqu'ici les documents ne nous en signalent aucune qui ne rentre dans la catégorie des servitudes légales* ».

De Sanctis (pag. 450): « Se il diritto greco ignorava per davvero le servitù di via, di scolo e simili sarebbe ammissibile che non ammettesse contratti i quali le includessero; ma poichè le riconosceva in larga misura come servitù

legali, è impossibile che, tollerante come era nelle forme e nel contenuto dei contratti, non ammettesse la creazione contrattuale di servitù corrispondenti ».

La libertà contrattuale! Ma l'unica induzione che si può trarre dalla libertà contrattuale è la conclusione di un'obbligazione: ora, la facoltà di costituire un'obbligazione con questo contenuto è tanto poco in discussione, quanto l'esistenza di servitù legali. Come vedere, esclama il Lusignani (1), il quale pure si è trovato di fronte al ragionamento del Beauchet e del Guiraud, nel rapporto così costituito un tipo analogo al diritto reale di servitù? « Le obbligazioni, è noto, anche per diritto greco, oltre che tra le parti contraenti, poteano farsi valere solo tra successori a titolo universale: non da altri ». Egualmente infelice è l'analogia che il Beauchet trae dalla trasmissione della proprietà per mutuo consenso, che veramente il diritto greco riconosce, anche qui in antitesi al diritto romano; non è qui in discussione il modo di costituzione delle servitù, ma l'*esistenza di questi diritti*. Nel diritto giustinianeo le servitù, cessate le antiche solenni forme, si possono ben costituire per semplice accordo tra le parti: ma non si possono costituire se non quei tipi di servitù dalla legge riconosciuti. La domanda che si fa il Guiraud (on se demande ce qui aurait pû empêcher, etc.) è quindi pel giurista una domanda un po' curiosa, e più curiosa è forse l'induzione dell'esistenza delle servitù dal non essere *expressément prohibées*.

Se un cosiffatto ragionamento si dovesse menar buono, il diritto romano avrebbe avuto una serie indefinita di servitù anche nelle epoche in cui queste erano in numero limitatissimo, perchè la stipulazione, ad esempio, che mi sia lecito nel tuo fondo *cretam eximere, lapidem caedere*, equivarrebbe a costituzione di servitù! Una delle dispute più ardenti, se le *pactiones et stipulationes* in uso nei fondi

(1) *Le origini delle servitù prediali nel diritto romano*, pag. 29, in « *Studi e documenti di storia e diritto* », XIX, 1898.

provinciali, a cui non si estendono i modi civili, costituissero vere servitù o rapporti obbligatorî, dovrebbe essere con questo ragionamento cancellata dalla scienza del diritto romano! Uscendo fuori dal campo delle servitù, il contratto di enfiteusi o di superficie e il diritto reale di enfiteusi o di superficie sarebbero con siffatto ragionamento la stessa cosa, e la travagliata evoluzione, per cui si passò dall'uno all'altro, dovrebbe esser cancellata dalla storia del diritto! Uscendo fuori anche dal diritto romano, tutta la lotta che, a datare dalla Rivoluzione francese, si è combattuta in Europa pro o contro l'enfiteusi sarebbe stata lotta vana, battaglia di parole: la libertà contrattuale del diritto moderno assicura vita eterna al diritto reale di enfiteusi!

Certo quanto all'analogia di questo rapporto con le servitù, purchè si parli di un'analogia funzionale, io non potrei esser così severo come il Lusignani. Ma quanto alla struttura, col negozio obbligatorio noi siamo trasportati ancora più lungi dalle servitù vere e proprie, che non avvenga nelle servitù legali: perchè almeno in queste vi può essere un rapporto reale e in alcuni tipi *moderni* (passo necessario, acquedotto coattivo) la configurazione obbiettiva, prescindendo dalla volontà, par quella precisa della servitù corrispondente.

Dopo quanto abbiamo riferito, il De Sanctis conclude così (pag. 451): « Mi sono dovuto indurre del resto a seguire il giurista in una *disputa di quisquilie verbali*, solo perchè egli ne ha preso occasione per *spargere la confusione nella questione di sostanza;* chè, in fatto, d'equivoco ve n'è uno solo e gravissimo: ma è del Bonfante. Egli non si è avveduto cioè che il Beauchet da me bene ed a ragione allegato *afferma nel modo più esplicito*, e *adducendone le prove*, la esistenza di ogni maniera di servitù, e non solo di quelle create dalla legge, nel diritto greco ».

La disputa, che intende separare la questione delle vere e proprie servitù dalle così dette servitù legali, non è disputa di *quisquilie verbali*, perchè, ripetiamolo ancora una

volta, soltanto delle prime si discute e si può discutere se esistano nel diritto greco: distinguere bisogna, e distinguere non è confondere. Quanto al Beauchet e al Guiraud, abbiamo visto come essi si esprimano, specialmente questo ultimo, circa le pretese tracce di servitù: quel che valga la loro argomentazione, desunta dalla libertà contrattuale, giudichi chi vuole. Che, peraltro, il Beauchet fosse tra i fautori, io non l'ho mai negato, anzi l'ho asserito.

5. Come conclusione di tutto il ragionamento che precede, noi dobbiamo essere ammoniti di non mescolare nel problema dell'esistenza delle servitù nel diritto greco le limitazioni legali della proprietà, le così dette servitù legali, nè invocare la libertà contrattuale, la quale mena alla costituzione di un'obbligazione. Ristretto il problema nei suoi veri termini, esso è uno dei più aridi ed esauriti. Noi non potremmo a questo riguardo se non richiamare la trattazione del più acuto giurista che l'abbia fatto oggetto di esame, Vittorio Scialoja, il quale è, come dicemmo, piuttosto fautore dell'esistenza di servitù e dolente di non ritrovarne le tracce. A questo indirizzo favorevole egli fu tratto per esser seguace di una vecchia teoria del Cuiacio e dello Zachariae von Lingenthal, in seguito abbandonata, per cui le servitù si sarebbero svolte precisamente dalle limitazioni legali del dominio (1). A tal uopo, ricercando nel diritto comparato un qualche suffragio alla tesi, egli dedicò alle servitù elleniche uno scritto speciale a proposito dell'orazione contro Callicle.

In questo scritto, citato sopra, nonostante le simpatie per la tesi, la logica spietata dell'autore finisce con demolire i testi che adduce, e la sua dimostrazione è un documento della facilità con cui si confondono istituti profondamente diversi aventi funzioni analoghe. Ora, come in una iscrizione di Gortina, non si tratta di servitù prediali, ma

(1) Cfr. Scialoja, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, III, 1890, pag. 177.

di regolamenti delle acque pubbliche, del corso o della derivazione di esse, che tutt'al più potrebbero contenere limitazioni legali e servitù pubbliche, secondo la terminologia del nostro Codice. Ora, come nella ἐπινομία, le iscrizioni si riferiscono « ad usi civici, ossia a cosa ben diversa pure dalle servitù prediali private ». Nell'orazione contro Callicle — non, per vero, circa la specie dell'orazione, che è una semplice azione di danni diretta ad un'ammenda fissa, bensì a proposito di un'allusione fatta nell'orazione stessa a fossi stabiliti per comune consenso in alcuni fondi per ricevere le acque defluenti — egli inclina all'idea che si possa trattare di un rapporto analogo alle servitù romane. Se non che soggiunge tosto: « Tuttavia non deve lasciarsi inosservato il carattere speciale di questi fossi e canali, dei quali parla Demostene. Essi non servono soltanto all'utilità di un fondo dominante, ma riescono vantaggiosi a tutti i fondi attraversati, nè vi sono *fondi meramente servienti:* perchè, se da una parte il proprietario del fondo inferiore è soggetto a ricevere il fosso di scarico, dall'altra parte ha diritto di proibire al proprietario del fondo superiore di ostruire il fosso e di nuocere facendo defluire l'acqua in altro modo: egli è quindi liberato dallo scolo irregolare e più nocivo dell'acqua piovana, che altrimenti, per legge, dovrebbe sopportare. In sostanza, dunque, si tratta veramente di un regolamento convenzionale di una servitù legale, vantaggioso a tutti, anzichè di un vero tipico rapporto di servitù » (1).

Più interessante è un'iscrizione di Efeso dei tempi posteriori alla guerra mitridatica, in cui gli Efesi, regolando con una legge i rapporti tra creditori e debitori, permettono ai debitori di liberarsi, dividendo coi creditori in proporzione dei loro diritti, e valutando le terre secondo l'estimazione di esse prima della guerra. Al verso tredicesimo di questa iscrizione, scoperta dal Wood e commentata prin-

---

(1) Scialoja, *Atti della R. Acc. delle Scienze di Torino*, XXV, 1890, pag. [illegible].

cipalmente dal Dareste, è data facoltà agli arbitri, incaricati della missione, di riservare il passaggio ai luoghi sacri, ai corsi di acqua, alle abitazioni ed ai sepolcri.

In questa disposizione lo Scialoja sarebbe incline a scorgere un rapporto analogo alle servitù costituite per aggiudicazione. Se non che anche in ordine a questo testo il suo spirito critico osserva: « Ma tuttavia anche qui non conviene affrettare soverchiamente le conclusioni. Infatti una disposizione di tal natura si può ben concepire anche in un diritto che non conosca ancora la figura della servitù propriamente detta, ossia della servitù convenzionale. Il passaggio, del quale qui si tratta, è veramente un passaggio necessario, che ci richiama piuttosto alla categoria delle servitù legali che a quella delle convenzionali. A simili necessità provvedeva d'ordinario la legge generale con la conveniente distribuzione delle strade pubbliche, con la determinazione dell'*iter* al confine dei fondi, o con l'obbligo imposto ai vicini di lasciar passare i vicini, ecc. Quando la divisione ordinata dalla legge veniva a rompere l'unità normale del fondo, era necessario provvedere a quelle necessità con disposizioni particolari; di qui la facoltà attribuita agli arbitri della divisione.

« Insomma, anche in questa legge di Efeso noi non abbiamo una prova sufficiente e certa del riconoscimento delle servitù prediali nel diritto greco; possiamo dire tuttavia che le cose erano oramai giunte a tal punto, che l'esistenza di vere servitù non ci dovrebbe far meraviglia.

« Ma con questa legge siamo giunti ad un tempo assai vicino all'impero romano. Il mondo ellenico era venuto a strettissimo contatto con Roma, e il diritto latino a poco a poco si estendeva dappertutto e si sostituiva al diritto locale. Così, anche se non vi giunse da sè per il corso naturale del proprio svolgimento, il diritto delle provincie greche ricevette dal romano l'istituto delle servitù prediali. Gaio, II, 31, ci mostra, anzi, in qual modo il diritto provinciale si appropriò l'istituto romano; e noi sappiamo

che questo diritto provinciale reagì poi sul diritto romano stesso » (1).

Alle considerazioni dello Scialoja crederei di poter aggiungere la seguente osservazione: questa facoltà degli arbitri sulla base di una *legge* richiama piuttosto nel diritto romano l'analogia delle *leges agri*, cioè degli ordinamenti in materia di vie e di acque stabiliti dagli *auctores divisionis* nella fondazione di colonie sulla base di una *lex data:* istituto ben distinto anch'esso dalle servitù (2).

6. Abbiamo considerato l'argomento principe del Beauchet e del Guiraud. Dobbiamo ora prendere di mira gli argomenti secondari. L'uno è desunto dall'orazione contro Callicle, e su di esso, dopo l'analisi dello Scialoja, noi non staremo a ritornare. Altri argomenti sono desunti dai testi e monumenti relativi ai numerosi canali che alimentavano di acqua potabile le città greche. Ora ecco come a questo riguardo si esprime il Beauchet sulle orme del Dareste: « D'autre part les textes et les monuments qui nous signalent l'établissement des nombreux canaux souterrains qui alimentaient les villes d'eau potable impliquent également l'existence de servitudes d'acqueduc au profit de ces villes sur les terrains particuliers traversés par ces canaux. On doit présumer, en effet, que les cités n'achetaient point toute la partie du sol située sur le parcours des conduites. Elles devaient se borner à acheter le droit de passage pour ces conduites, et il y avait là, en réalité, une servitude conventionnelle ». Noterò semplicemente come questo rapporto esista anche presso i Romani, i più grandi costruttori di acquedotti, e nessuno ha mai pensato di ricondurlo sotto il concetto delle servitù prediali. Quale sarebbe nell'ipotesi *il fondo dominante?* Potremmo avere, tutt'al più, una ser-

(1) Scialoja, l. c., pag. 802 e 803.

(2) Cfr., oltre ai Gromatici e alla *lex coloniae Juliae Genetivae*, anche L. 1, § 23. D., 39, 3.

vitù personale (concetto estraneo al diritto romano classico) e di novissimo conio. D'altra parte il procedimento che il Beauchet trova inverosimile (si ragiona sempre per induzione), cioè l'acquisto della striscia inserviente al canale e all'acquedotto, è forse il procedimento più naturale, ed è certo quello di cui usò lo Stato romano, il quale, anzi, come dice Frontino, *si difficilior possessor in parte vendenda fuerat*, si induceva a comperare l'intero campo, per vendere poi le parti non riservate all'acquedotto (1).

Un documento nuovo, non privo d'interesse, è invocato ora dal De Sanctis con queste parole (pag. 451-452): « E debbo qui di nuovo avvertire che, assai meglio del citare il Beauchet, o altri, mi sarebbe grato discutere i testi; ma ciò col Bonfante non può farsi, *i testi greci non essendo egli in grado di intenderli* ». Per i romanisti che conoscono il greco (e ve ne sono in Italia di valentissimi) (2), invece di ripetere le argomentazioni del Beauchet, ne aggiungerò una che mi sembra di non lieve momento. È, parmi, evidente che il contenuto di una servitù (intesa questa parola nel senso più stretto) può consistere nella facoltà di fare a vantaggio del proprio fondo atti che sarebbero contrari ad una limitazione legale della proprietà nell'interesse del vicino, o impedire che altri faccia contro l'interesse della proprietà nostra ciò che gli sarebbe lecito in virtù di una simile limitazione. Ora, precisamente, una servitù di questa

---

(1) Frontinus, *De aquaeduct.*, c. 127.

(2) Applicazione bellissima del precetto manzoniano « raddoppiare le gentilezze a tutto il corpo per poter dare impunemente un carico di bastonate a un membro ». Parole del conte zio: « E sì che dei padri cappuccini ne conosco parecchi e uomini d'oro, zelanti, prudenti... ». Ma quel padre Cristoforo... non sa il greco, diremo noi.

Questa immaginaria ignoranza del greco mi è a più riprese appuntata (pag. 405, 408, 451), evidentemente coll'intento fanciullesco di farmi stizzire, ed è un appunto che farà sorridere i miei amici e colleghi romanisti, giacchè, dato pur sempre che io non sono un filologo, conosco il greco assai bene, certo non meno dei valentissimi romanisti, cui affetta di rivolgere il discorso il De Sanctis, interpretando i documenti nel modo più erroneo.

fatta può costituirsi nel caso dei diritti che la legge accorda sul muro divisorio, come si trae da un'iscrizione pergamena di recente scoperta. E poichè la clausola « se non convengono altrimenti coi proprietari » non vi è ragione di credere che ricorresse in questo solo caso di limitazione legale della proprietà, abbiamo ragione di ritenere per analogia che appunto nel fissare queste limitazioni (tolto il caso di quelle *per natura inalienabili*) la legge *desse modo in generale di costituire servitù convenzionali mercè una clausola analoga a quella citata* ».

Il documento in nota è il seguente: Prott e Kolbe, *Athen. Mitteil.*, XXVII (1902), pag. 47 e segg., vol. III, 26 e segg.: *μὴ ἐξουσία δὲ ἔστω ἐπὶ τοὺς κοινοὺς τοίχους μήτε ἐποικοδομεῖν μήτε διορύσσειν μήτε ἄλλο καταβλάπτειν μηδὲν, ἐὰν μὴ πείσωσιν τοὺς κυρίους.*

Di nuovo il De Sanctis accumula, nell'interpretazione dei documenti, errori sopra errori. Il testo (di cui non serve ora confrontare la data, ma che non può esser certo anteriore all'êra ellenistica o romana) parla di convenzioni relative al muro comune: i proprietari potrebbero pattuire che fosse lecito di fabbricare sul muro comune, di scavare o di fare altro che venisse a ledere il muro comune. In questo, secondo il De Sanctis, avremmo la costituzione di una servitù sul muro comune (*ἐπὶ τοὺς κοινοὺς τοίχους*). Ora, se si tratta di rapporti tra comproprietari, ricordiamo che una costituzione di servitù non è possibile per diritto romano che sulla cosa altrui; sulla cosa propria o comune essa è inammissibile; anzi il principio fondamentale *nulli res sua servit* è espresso precisamente a proposito della cosa comune: « In re communi nemo dominorum *iure servitutis* neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quominus alter faciat; *nulli enim res sua servit* (Paulus, L. 26, D., 8, 2) ». Se si tratta di rapporti con estranei (facciamo anche questa ipotesi, per quanto non conforme al testo e come enunciato abbastanza curioso), osserviamo di nuovo che il testo parla di convenzioni e il De Sanctis è pur

sempre dominato dall'equivoco di confondere il contratto e l'obbligazione con la costituzione di servitù.

7. Ho documentato le mie asserzioni, e ciascuno, spero, avrà osservato come risponda a verità la tesi che tracce vere di servitù non si ritrovano nel diritto greco; che gli stessi fautori, come il Guiraud e lo Scialoja, sono dolenti di non ritrovarne; che il De Sanctis confonde le servitù con le limitazioni legali della proprietà. Ciascuno avrà osservato del pari come nessuna delle mie frasi, nella recensione e nella replica, fosse inquinata dalla *rabies theologorum* (1). La confusione, in cui si aggira ostinato il De Sanctis, è aggravata nella sua nuova veemente difesa, poichè a quella delle servitù prediali con le limitazioni della proprietà si aggiunge l'altra del diritto reale con l'obbligazione. Il preconcetto è fatale; ma più fatale ancora è lo spirito polemico, specialmente in chi della materia in discussione è ignaro o mal pratico. Il De Sanctis è nella posizione di colui che cammina su di un terreno acquitrinoso: più si dibatte e più sprofonda.

Giova soggiungere un'ultima considerazione d'ordine generale. Negli scrittori di diritto greco, più nutriti di coltura filologica che giuridica, e nel De Sanctis stesso par di leggere il pensiero che l'esistenza e la ricchezza di servitù legali debba far presumere l'esistenza parallela e la copia di servitù prediali. Ciò è espresso, mi pare, nettamente dal De Sanctis nella parte del ragionamento relativo alla libertà contrattuale, che abbiamo riferito: « Se il diritto greco ignorava per davvero le servitù di via, di scolo e simili, sarebbe concepibile che non ammettesse contratti, i quali le includessero; ma poichè le riconosceva *in larga misura come servitù legali* ecc. ». Ora, a parte ormai lo scambio dell'obbligazione con la servitù, questa induzione dalla servitù

(1) V. la strana imputazione in De Sanctis, l. c., pag. 405 (riferisco il suo discorso in *Scr. giur. varî*, vol. I, pag. 345).

legale alla servitù vera e propria, rappresenta precisamente il contrario della verità. Se dalla ricchezza di un regime inserviente a uno scopo si vuol trarre un'induzione, gli è piuttosto la mancanza o la povertà del regime diverso inserviente allo stesso scopo. Ora il regime legale dei rapporti di vicinanza nel diritto greco è veramente assai ricco: esso comprende il passaggio coattivo, il diritto di attingere acqua, il regolamento dell'uso delle acque per l'irrigazione: il Beauchet vi consacra un lungo capitolo (vol. III, p. 158-171), e non è esauriente. La trattazione delle vere servitù è esaurita nel Beauchet da quelle considerazioni ipotetiche e, convien pur dirlo, giuridicamente erronee, che abbiamo riferito. Nel diritto romano lo spettacolo è inverso: il regime delle servitù spicca come un regime tipico ed occupa, ad esempio, nel Digesto, senza contare l'ampia difesa quasi-possessoria, 15 titoli; il regime delle limitazioni è povero e nello stesso diritto giustinianeo non comprende nè il passo necessario, nè l'acquedotto coattivo, nè il diritto di attingere acqua; non comprende, in breve, nessuna limitazione che corrisponda nel suo contenuto ad una servitù vera e propria, nè vi è destinato alcun titolo. Gaio tratta piuttosto ampiamente, per un libro di Istituzioni, delle servitù (II, 14-14*a*, 29-33), ma non dedica una sola parola alle limitazioni legali del dominio (1). Caratteristica è l'evoluzione dell'*actio aquae pluviae arcendae*. Nel diritto romano classico essa non garentisce limitazioni del dominio, bensì ha per iscopo di tutelare la libertà di ciascun fondo contro le invasioni di acqua per opere eseguite dal vicino: solo il decorso *naturale* si deve tollerare. Nel diritto giustinianeo, contro il suo nome (*arcere aquam!*), essa è stata adibita con accorte interpolazioni ai bisogni dell'irrigazione e dell'agricoltura. Già Frontino espri-

(1) Nel Codice, espressione dell'epoca romano-ellenica, le parti cominciano a rovesciarsi. Alle servitù è dedicato un solo titolo (3, 34), cui si può aggiungere un altro titolo per l'usufrutto e diritti similari, mentre abbiamo per lo meno un lungo titolo, in gran parte greco, destinato alle limitazioni edilizie (8, 11).

meva questa posizione diversa dell'Italia di fronte ad altre province in ordine all'*actio aquae pluviae arcendae:* è questo, egli dice, un tema di grandi litigi in Italia, e *non exigua est iniuria si in alienum agrum aquam inmittas;* altrove invece le liti insorgono *si* (*aquam*) *transire non patiaris, si quis inhibuerit aquam pluviam in suum influere* (1). È manifesto che il diritto romano e il diritto greco adottano in ordine ai rapporti di vicinanza un sistema opposto, e lo stesso diritto giustinianeo, come dimostra intuitivamente il rilievo estrinseco già fatto in ordine ai titoli del Digesto, impernia ancora il regime fondiario sulla base delle servitù vere e proprie (2).

In conclusione: l'assenza di dati in ordine alle servitù prediali nel diritto greco poco ci permetteva di aggiungere sul tema delle servitù per quel che concerne la documentazione. Ma crediamo non inutile questo studio per dissipare gli errori e le fallaci argomentazioni di natura quasi sentimentale, con cui l'esistenza nel diritto greco delle servitù di tipo romano si suol sostenere.

Postilla. — Merita di esser sottoposta a un esame più largo e approfondito la L. 13, D., 10, 1 (v. sopra, pag. 930 e segg.), la quale ha una grande parte anche nelle pretese influenze greche sul codice decemvirale. Che il testo di Gaio e la legge di Solone concernano le servitù prediali è un'asserzione che non sta nè in cielo nè in terra e non appartiene certo a nessun giurista e romanista: soltanto a un filologo trascinato dall'ardore polemico poteva venir in mente di invocare quella legge a testimonianza che nel diritto attico

(1) Frontinus, *De controv. agr.*, I e II (*Gromatici veteres*, ed. Lachmann, pag. 36 e 57).

(2) Nel diritto moderno, anche per l'influenza di altre correnti storiche, il rapporto è invertito: le servitù legali (art. 533-615), con 82 articoli, hanno la prevalenza sulle servitù che il Codice chiama stabilite pel fatto dell'uomo, con 23 articoli (art. 616-638), e assai maggiore è il predominio reale rappresentato dalla giurisprudenza.

esistessero le servitù e che dal diritto attico le abbiano tolte di peso i decemviri.

Ma è per altri riguardi che io richiamo sul testo l'attenzione dei miei colleghi romanisti. A prima vista parrebbe chiaro dal suo tenore che le XII Tavole avessero sancito distanze sia nelle piantagioni, e non solo di siepi, ma di fichi, di olivi e di altri alberi, sia nelle opere (escavazioni, costruzioni) fatte al confine, e che queste *limitazioni legali* del dominio, desunte dalla legge attica, siano state accolte e facciano legge nel diritto giustinianeo.

A ben guardare, nondimeno, su ciascun punto sorgono dubbi radicali.

Che questo testo avesse vigore di legge era contestato negli scrittori di diritto comune. È impressionante il fatto che in tutto il vasto complesso del *Corpus iuris* non vi abbia un altro frammento che alluda a cosiffatte limitazioni anche là dove sarebbe stato naturale richiamarle, come nel titolo *de arboribus caedendis* relativo alle piante di confine e nell'ampio titolo della *c. d. inf.* per opere fatte al confine: anzi il regime della *c. d. inf.* e le discussioni relative sembrano in aperto contrasto con l'esistenza di limitazioni circa le opere presso i confini.

Aggiungi che queste limitazioni non si desumono dalle parole di Gaio, ma dal testo greco di Solone inserito in un titolo che nulla ha a che vedere nè con le limitazioni del dominio nè con le servitù.

Io non credo per vero che questo stato delle cose debba far ostacolo a riconoscere la legittimità di queste limitazioni nel diritto giustinianeo; ma ben può far pensare in ordine al diritto classico e al codice decemvirale. Mettendosi da questo punto di vista meramente storico, sopraggiungono altre gravi ragioni di dubbio. Gaio trattava in quel testo dell'*actio finium regundorum*, alla quale è anche dedicato il titolo delle Pandette, e soggiungeva che in questa azione si osservano delle norme che sembrano desunte dalla legge di Solone (« Sciendum est in hac actione

finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse »). Ora queste norme non possono essere se non le norme che regolavano le facoltà del giudice, il quale aveva in quest'azione, come in tutte le azioni divisorie, facoltà attributive di dominio mediante *adiudicatio*.

Non si tratta pertanto di norme e limiti da osservarsi tra i vicini fondiari, ma di norme e limiti, che deve osservare il giudice e che disciplinano il suo largo arbitrio in tema di *adiudicatio* non per ordinare limitazioni, il che egli non può fare, e nemmeno per costituire servitù, perchè servitù di simil genere non sono mai esistite, ma per desumerne criterî nell'attribuire il dominio delle striscie di confine ai singoli. D'altra parte, mentre, intese come limitazioni legali del dominio, queste disposizioni non solo facilmente si comprendono collocate nel diritto attico, in cui non esistono servitù prediali, ma si sanno da più fonti (1), in quella vece nel diritto romano, che è tanto più noto, non solo s'ignorano, ma collocate specialmente nell'antico diritto romano rappresentano una stonatura e non sembrano nemmeno troppo in armonia con l'ordinamento classico della *limitatio*, che isola i fondi con uno spazio libero al confine per tutela della reciproca indipendenza.

Tutto considerato, anche a non voler essere scettici sulla genuinità della citazione gaiana, il richiamo della legge di Solone non mi sembra molto a proposito e l'analogia è piuttosto remota (2); perchè nel diritto attico, non vi ha

---

(1) Cfr. BEAUCHET, *Dr. pr. de la rép. ath.*, III, pag. 158-162 e passi ivi citati.

(2) La celebrità e la diffusione di questa legge in tutto l'Oriente ellenico ed ellenistico (cfr. PLATO, *De leg.*, VIII, 843 E; PLUT., *Sol.*, 23 e ora ***Papyrus gr. Halensis*** (δεκαιώματα), Berlin 1913, pag. 64, donde risulta ch'essa era stata ricevuta nello statuto cittadino di Alessandria), può spiegare la citazione stravagante dei compilatori o, se si vuole, dello stesso Gaio.

dubbio, il testo di Solone pronunciava vere limitazioni legali tra vicini.

Per quel che concerne poi le XII Tavole nulla ci dice nel testo di Gaio che il regolamento istesso delle facoltà del giudice nell'*actio finium regundorum* fosse ordinato in quei termini precisamente dai decemviri: trattando dell'*actio finium regundorum*, come di un altro qualunque istituto decemvirale, che era stato oggetto di svolgimento ulteriore (per esempio, il *damnum infectum*, la *o. n. n.*), Gaio poteva più o meno largamente anche nel commento al testo decemvirale tener conto di uno svolgimento ulteriore: parla bene egli in questo commento persino dei *vota pro salute principis* da eseguire in dati giorni (L. 233, § 1, D., 50, 16).

Ad ogni modo tanto è certo che questo sistema di limitazioni, che sarebbe documento dell'influenza greca nel codice decemvirale, si può invece a mala pena collocare nel diritto giustinianeo, nella stessa guisa che studi recenti sembrano riportare all'epoca romano-ellenica l'altro principio della necessità del previo pagamento del prezzo per l'acquisto del dominio in base alla compra-vendita, che pareva pur esso, per espressa attestazione di Giustiniano, un altro documento dell'influenza ellenica nel codice decemvirale (v. sopra, pag. 600).

Può sembrare un paradosso, ma col progresso della scienza del diritto diventa via via più una verità lampante che storici puri, filologi e filosofi porgono un sussidio meno pericoloso ai giuristi nell'apprezzare il diritto vigente che non nel rievocare il diritto dei secoli tramontati; perchè nel diritto vigente il senso della vita odierna e la coscienza etica aiutano, mentre nel passato l'inesperienza, anzi il disprezzo della struttura organica degli istituti (*quisquilie verbali!*), trascina i profani al diritto, malgrado tutta la conoscenza che posseggano del materiale, a caratterizzare le istituzioni antiche col volgare senso delle funzioni e a ridurle negli schemi del presente. Questa verità comincia

ora ad esser riconosciuta (1); e forse ho avuto anch'io la mia parte di merito in questo riconoscimento, certamente ho avuto la fortuna di essere in Italia il giurista più ingiuriato da rappresentanti del campo filologico e filosofico (2).

---

(1) De Francisci, *I presupposti teoretici e il metodo nella storia giuridica* in *Riv. it. di sociologia*, gennaio-settembre 1916, e sovrattutto Carusi, *Il problema del dir. comparato, ecc.*, in *Atti della Soc. it. per il progresso delle scienze*, Milano-Torino 1917, pag. 59 e segg. (circa l'intervento dei profani nella scienza del diritto).

(2) Per filosofi v. la recensione acre e nello stesso tempo ingenua (stile G. De Sanctis) del prof. Giovanni Gentile nella *Critica* di Benedetto Croce (luglio 1917) alla mia prolusione sul *metodo naturalistico nella storia del diritto* pubblicata in *Riv. it. di sociologia*, 1917 (v. il vol. III della presente collezione ed ivi l'apprezzamento di questa caratteristica recensione ad una prolusione, nonchè dello strano commento apposto da Benedetto Croce alla mia risposta pubblicata nella stessa *Critica* (gennaio 1918). Triste mestiere quello degli odierni uomini che fanno professione di filosofi e si vedono perciò obbligati e abilitati a trinciar giudizi su materie di cui sono assolutamente ignari e incompetenti, colla petulanza e l'audacia di chi non sa e non capisce!

XVIII.

La " longi temporis praescriptio „ delle servitù (*).

Com'è noto, una legge Scribonia (1) abolì l'usucapione delle servitù, e i giuristi classici negano che le servitù sieno capaci di possesso e di usucapione. Pur tuttavia sembra che in processo di tempo, sotto la pressione del bisogno vivamente sentito di un correttivo a questo rigore, si pervenisse a estendere alle servitù l'istituto pretorio della *longi temporis praescriptio*, e per giunta si richiedesse puramente e semplicemente per il compimento di essa il quasi possesso *nec vi nec clam nec precario*. Ciò ha dato a pensare a tutti quelli che si sono occupati della materia. Passi per la *longi temporis praescriptio:* ma come mai non si esige nè giusto titolo nè buona fede, mentre pure si esigeva sicuramente per la *longi temporis praescriptio* applicata alle cose corporali? Molti, non acquetandosi a un risultato, che stabilisce per le servitù una tale anomalia e appoggiandosi principalmente ad alcune espressioni di Giustiniano, vogliono introdurre giusto titolo e buona fede anche nella usucapione delle servitù. Ma perchè le fonti non ne parlan mai? Perchè invece quella insistenza speciale sui *vitia possessionis?* Un autore, il HEDEMANN (2), negò recisamente che le servitù si possano acquistare per prescrizione, affermando invece che il possesso non vizioso per un lungo periodo di tempo non abbia invece altro effetto che di liberare l'utente

(*) Dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XVI, 1893, pag. 177 e seguenti, nota.

(1) [50 a. C.? Sembra posteriore al 69 a. C. Cfr. ROTONDI, *Leges publ. pop. Rom.* (estr. dalla *Enc. giur. ital.*), pag. 414].

(2) *Erwerb und Schutz der Servituten*, Berlin 1864.

dalla prova del diritto, addossando al proprietario la prova della libertà del fondo. Questa opinione però, come nota l'ASCOLI (1), non ha quasi seguaci e per vero non mi sembra che il Hedemann riesca a dimostrare plausibilmente il suo asserto, o, meglio ancora, che si possa assolutamente dimostrare.

Nondimeno io sarei d'una opinione analoga *per il diritto classico;* solo, mi pare, alquanto più plausibile. Secondo me, l'abolita usucapione delle servitù non sarebbe stata mai ripristinata press'a poco dalla *longi temporis praescriptio.* Soltanto, a chi avesse usato *nec vi nec clam nec precario* per un periodo abbastanza lungo di tempo il Pretore avrebbe concesso un'azione utile (di *actio utilis* parlano le fonti), ma codesta azione utile non richiedeva punto che si fosse compiuto il quasi-possesso di 10 o 20 anni, nè all'utente sarebbe giovato il compierlo. Codesto possessore si sarebbe insomma trovato *perpetuamente* in una posizione analoga a quella del possessore di buona fede; la quale cessava invece coll'acquisto del dominio del fondo.

Tale concetto mi sembra più logico d'assai che non le opinioni comuni: in primo luogo, perchè, tra l'altro, toglierebbe di mezzo quella repugnante, innegabile contraddizione del riconoscimento della *l. t. pr.* colla esclusione della *usucapio* voluta dalla *Lex Scribonia* e colla incapacità suaccennata del possesso, ch'è base egualmente della *l. t. pr.*, come della *usucapio.* E mi sembra pure confermato da tutti i passi relativi alla materia nelle nostre fonti. Fu già notato come una singolarità, comunque non apprezzata (2), che le fonti non adoperano mai a questo proposito *longi temporis praescriptio*, ma espressioni diverse, ed alcune abbastanza curiose: *diuturnus usus et longa quasi possessio* (Ulp., L. 10, D. *si serv. vind.*, 8, 5), *velut longae possessionis praerogativa* (Ulp., L. 5, § 3, D. *de itin. act.*, 43, 19), *longa consuetudo* (Ulp.,

(1) *Usucapione delle servitù*, 1887, pag. 97. nota.

(2) Cfr. lo stesso VANGEROW, *Pand.*, § 351.

L. 1, § 23, D. *de aq. et aq. pl.*, 39, 3), *longi temporis consuetudo* (Imp. Ant., L. 1, C. *de serv. et de aq.*, 3, 34). Fu notato ancora (1) che le fonti accennano pure sempre, e mi pare con espressioni abbastanza caratteristiche, a un tempo tutt'altro che determinato: *per annos forte tot* (L. 10, D. *si serv. vind.*, 8, 5) o *diu* (L. 5, § 3, D. *de it. act.*, 43, 19; L. 1, § 23, D. *de aq. et aq. pl. arc.*, 39, 3), e da ciò lo Zimmern volle inferire che il decorso di questa usucapione non sia fissato nel tempo di dieci o venti anni, ma rimesso all'arbitrio del giudice. Non è molto meglio ritenere che una vera *longi temporis praescriptio* a questo riguardo i giuristi classici non la conoscessero e che l'*actio utilis* fosse accordata in base al possesso *nec vi nec clam nec precario*, senza che si richieda il compimento di quel dato periodo di tempo? Pure è forse quest'azione utile una delle ragioni che han contribuito a mantener fermi gli scrittori sul terreno della *longi temporis praescriptio* e a supporre il compimento regolare di essa. Ma in tal caso mi sembra che tutti si sieno arrestati davanti ad un fantasma: il dominio delle azioni utili è appunto in campi di simil natura. Caratteristico è finalmente anco il riavvicinamento di detta *longa consuetudo* col vago e indeterminato concetto della *vetustas* (L. 1, § 23, D. *de aq. et aq. pl.*, 39, 3).

Una legge sola pare opporsi a questo risultato ed è la costituzione 2, C. *de serv. et de aq.*, 3, 34, dell'imperatore Caracalla. Se non che mi sembra in questa legge tanto evidentissima l'interpolazione, che finisce con essere un ultimo e perentorio argomento a favore della mia opinione. Ecco il testo:

« *Imp. Antoninus A. Martiali.* Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, *servitutem exemplo rerum mobilium tempore quaesisti.* Quod si *ante id spatium* eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti

(1) Zimmern, *Römischrechtl. Untersuch.*, n. 5.

dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio » (a. 215 d. C.).

Ora lasciamo stare quell'*exemplo rerum mobilium*, come si legge co' Greci, ovvero *immobilium*, come si corregge sin da Cuiacio (1). E lasciamo pure quell'*id spatium*, che si riferisce assai duramente a uno spazio che non è stato menzionato, ma che s'ha a indurre dall'*exemplum*. Ma per l'appunto l'assoluta recisione e precisione con cui l'imperatore suppone l'acquisto della servitù per effetto del tempo rivela che la costituzione è alterata. La *longi temporis praescriptio* era una mera *exceptio* del possessore e non ebbe mai nel diritto antegiustinianeo effetto acquisitivo: è questa una riforma operata da Giustiniano colle sue famose costituzioni: L. un., C. *de us. transf.*, 7, 31; L. 12, C. *de praescr. l. t.*, 7, 33; L. 8, C. *de praescr. XXX vel XL ann.*, 7, 39. Tutti i passi delle nostri fonti in cui si parla di acquisto *longo tempore* o *longa possessione* sono interpolati. Nel caso nostro poi tutte le altre leggi, ben lungi dall'accennare, sia pure inesattamente, a un *acquisto della servitù*, ci parlano di una *veluti longae possessionis praerogativa*, che s'ha per il fatto di aver usato a lungo della servitù, *ex eo quod servitute diu usus est* (L. 5, § 3, D. *de itin. act.*, 43, 19) o di una *veluti iure imposita servitus*, che si ha *longa consuetudine* (L. 1, § 23, D. *de aqua et aq. pl.*, 39, 3), e precisamente lo stesso imperatore Antonino nella L. 1 dello stesso titolo (3, 34) si esprime dicendo che la *longi temporis consuetudo tien le veci* di servitù (« is qui iudex erit longi temporis consuetudinem *vicem servitutis* obtinere sciet »).

---

(1) Così emenda, contro i codici, i Basilici e gli scoliasti greci, ma con assoluta e giusta convinzione, il grande esegeta in ciascuno dei numerosi passi (15), in cui commenta questa legge: cfr. specialmente Cuiacii, *Opera*, I (Ven. 1758), pag. 972, *Ad* L. 4, § 29, D. *de us. et us.*; IX, pag. 955 (Mutinae 1781), *Rec. soll. ad tit.* Cod. 7, 33. *Immobilium* legge anche il pregevole codice casinate. Lo strano errore, che trasse in abbaglio i Greci, i quali parlano senz'altro concordemente di un triennio pel decorso dell'usucapione, è anch'esso indice d'interpolazione.

Come fosse concepito il testo originario è forse difficile stabilire con sicurezza. A me pare tuttavia che il rescritto avesse piuttosto riguardo al caso speciale che non alla tutela di codesta *quasi servitus* stabilita dal lungo uso. Non si parla di lungo uso della servitù o del *ius aquae ducendae*, ma semplicemente di un *ducere aquam* attraverso il fondo altrui: il che non presuppone necessariamente il quasi-possesso, cioè l'intenzione di esercitare effettivamente il diritto di servitù, poichè la facoltà esercitata può essere l'effetto di una concessione precaria o di un rapporto personale col proprietario del fondo: non si parla di uso od esercizio *nec vi nec clam nec precario* da parte del possessore, ma di *scientia* del proprietario; ed è questa anzi la legge in cui si vuol trovare un appiglio per richiedere almeno la buona fede in materia di usucapione di servitù. Ora la questione proposta all'imperatore si agitava intorno alle opere eseguite da Marziale sul fondo dell'altro Marziale; nel quale caso la scienza e tolleranza del proprietario, la buona o mala fede del possessore erano elementi essenziali, ed era essenziale anche conoscere se prima di fare quelle tali spese l'uso dell'acqua non fosse stato interdetto dal proprietario, cioè se a un dato momento non fosse cessata la buona fede (1).

Comunque, stabilita l'interpolazione di questo testo, risulta chiaro che di una *longi temporis praescriptio* acquisitiva delle servitù, di un'*actio* concessa quindi sulla base del compimento della *l. t. pr.* non è a parlare per diritto classico.

Appendice. — Dopo la mia breve nota precedente, che risale a un quarto di secolo addietro, la *longi temporis praescriptio* è stata argomento di più ampî studi da parte di romanisti italiani e tedeschi: Perozzi, Partsch, Hugo Krüger, Albertario. I risultati della mia nota sono stati pienamente

(1) [Forse il testo concedeva anch'esso un'*actio utilis* o la protezione interdittale].

confermati e la interpolazione della L. 2, Cod., 3, 34, riconosciuta così dal Perozzi come dall'Albertario. Ma circa le induzioni ulteriori, non sempre concordi, degli scrittori citati ho gravi dubbi; anzi potrei dire che, in quanto concernono il tema della *l. t. pr.*, mi paiono tutte da respingere.

Il Perozzi (*I modi pretorî di acquisto delle servitù:* III, *l. t. pr.*, in *Riv. it. delle sc. giur.*, vol. XXIII, a. 1897), e dietro di lui anche l'Albertario (*La protezione pretoria delle servitù romane*, in *Filangieri*, 1912), reputano interpolate, per lo scopo di sancire nel diritto giustinianeo la prescrizione acquisitiva delle servitù, anche le leggi seguenti: L. 10 pr., D., 8, 5; L. 1, § 23, D., 39, 3; L. 5, § 3, D., 43, 19.

Ma le leggi citate non parlano di *l. t. pr.*, nè di vero e proprio acquisto, bensì riconoscono presunzioni di esistenza del diritto. Ciò posto, non mi pare che i testi diano imbarazzo per la tesi che esclude la *l. t. pr.* dal diritto classico e che occorra quindi eliminarli: essi non contengono se non applicazioni della *vetustas*, del tempo immemorabile, che in materia di servitù o, come piuttosto ritengo, in tema soltanto di acque stabiliva la tutela dello *statu quo* (cfr. L. 1, § 23, D., 39, 3; L. 2 pr., §§ 1, 5, 8, *eod.*; L. 26, *eod.*; L. 3, § 4, D., 43, 20; L. 28, D., 22, 3). L'azione è concessa in base al tempo immemorabile *tametsi ius non probaretur*, come dice la L. 26, D., 39, 3.

Dirò di più: se quei testi sono innocui per la nostra tesi nel diritto classico — anzi, più che innocui, favorevoli per un argomento *a contrariis*, in quanto mostrano che l'istituto e, per così dire, lo strumento, cui ricorrono i giureconsulti, non è il *longum tempus* determinato nella durata e in funzione acquisitiva — gli stessi testi invece dànno imbarazzo vero nel diritto giustinianeo, e più ne dànno ancora se si suppongono interpolati, perchè non si comprende come i compilatori non abbiano parlato il linguaggio della *l. t. pr.*, che essi parlano così netto e chiaro nella L. 2, Cod., 3, 34, che è realmente interpolata da loro.

Se sono stati i compilatori a foggiare i testi, che il Perozzi crede per intero opera loro, perchè mai essi ragionano con un linguaggio così caratteristico per la *vetustas*, istituto parallelo alla *lex* (*agri*) stabilita dagli originari fondatori — *diu*, *diuturnus usus*, *longa consuetudo*, ecc. — ; perchè mai non dànno risalto ai requisiti, da lungo tempo riconosciuti o certamente da loro fissati, della *l. t. pr.* — giusto titolo e buona fede — e avrebbero inserito invece i requisiti dell'*usus* delle servitù per la protezione interdittale, cioè il godimento *nec vi nec clam nec precario*, suscitando le questioni, cui accenno nella mia nota? Passi per l'*actio utilis* invece della diretta; ma le incongruenze, nelle quali i compilatori si sarebbero volontariamente impelagati, contro l'organismo del diritto giustinianeo e contro le spontanee tendenze del loro linguaggio, mi sembrano inverosimili.

Anche altre frasi, oltre quelle fondamentali, allusive alla *vetustas*, hanno pretto sapore classico; l'insistenza sull'*uti* e sull'*usus*, il *velut iure impositam servitutem* come conseguenza della *longa consuetudo*, ecc.

Certamente io non voglio negare che i testi siano stati ritoccati dai compilatori e che da loro derivi la *possessio* o *quasi possessio* della servitù (quindi nelle leggi citate: *longa quasi possessio*, *velut longae possessionis*, *usum possedisse*), che il Perozzi e l'Albertario escludono giustamente dal diritto classico, e senza dubbio da loro deriva nella L. 10, § 1, D., 8, 5 la frase stereotipa *exemplo ceterarum servitutum;* dovevano ben essi cercar di riassumere sotto la *l. t. pr.* decisioni che si fondavano sulla *vetustas!* Ma precisamente la loro colpa è di non aver interpolato abbastanza, in modo che i testi, come li leggiamo, più che lasciar trapelare, rendono ancora con tutta chiarezza il concetto e il diritto della *vetustas* e soltanto quella penosa esegesi dei nostri vecchi li poteva ridurre nei cancelli della *l. t. pr.* L'unico passo concepito nettamente nel senso della *l. t. pr.*, l'unico che accenni ad un tempo definito, al tempo richiesto per gli immobili, il solo da cui si ricava un'allusione alla

bona fides, in breve « la prova e il testo assolutamente decisivo per la *l. t. pr.* », come si esprime UNTERHOLZNER (*Verjährungslehre*, Leipzig 1848, I, § 198, pag. 142), è la L. 2, Cod., 3, 34, la legge della quale ho dimostrato sopra la interpolazione.

Una sola correzione credo di dover soggiungere alla mia nota, ed è che al diritto classico non soltanto è straniera la *l. t. pr.* delle servitù, ma anche l'applicazione della *vetustas* alle servitù in generale: i luoghi del Digesto, che alludono chiaramente alla *vetustas*, si riferiscono agli acquedotti e alle acque, nè vi ha la menoma ragione di supporre che l'istituto sia stato esteso fuori di quel campo.

Quanto al PARTSCH (*Die l. t. pr. im klass. röm. Rechte*, 1906, pag. 96 e seg.), egli non pecca per eccesso, ma per difetto. Questo autore ignora tanto la mia nota, quanto lo studio del Perozzi, e quindi in sostanza si tiene entro i concetti tradizionali. Egli distingue tra *longa possessio* della servitù — come usò in ogni tempo la maggior parte dei romanisti, legata alle espressioni del Digesto — e la *l. t. pr.* delle cose, e ammette che già nel diritto antegiustinianeo fosse riconosciuto *acquisto* della servitù sulla base di una *longa possessio* durata *nec vi nec clam nec precario* per un periodo di 10 anni tra presenti, 20 anni tra assenti. Arretrato in questa parte è anche il FERRINI (*Pandette*, n. 383, pag. 494 e 495, nota 1), il quale, malgrado la mia nota, che sembra gli sia sfuggita, e malgrado lo studio del Perozzi, non giunge a riconoscere nettamente nella *l. t. pr.* delle servitù una innovazione giustinianea.

Hugo KRÜGER (*Die prätorische Servituten*, Münster 1911), ignorando anch'egli, come il Partsch, tanto la mia nota quanto lo studio del Perozzi (pare che la *Riv. ital. delle sc. giur.*, nella quale erano pubblicati i due scritti, sia stata sempre sconosciuta in Germania), ha svolto una tesi piuttosto singolare, che distingue nel diritto classico tra la *vetustas* e la *longa possessio*, concepite entrambe come modi di acquisto della servitù, l'una costitutiva di servitù civili, l'altra di

servitù difese *tuitione pretoris*. Soltanto Giustiniano, che non distingue più tra diritto civile e diritto pretorio, avrebbe fuso e confuso insieme questi due diversi modi di costituzione delle servitù. Questa via strana il Krüger non avrebbe battuto, come nota rettamente l'Albertario, se avesse conosciuto i lavori della scienza italiana. E come a lui, così è stata dannosa al suo critico, il BESELER (*Literarische Zentralblatt*, 1912, n. 4, pag. 121), questa ignoranza.

È, a nostro avviso, impossibile il dubbio sull'argomento, ma nei limiti da noi fissati: che la *l. t. pr.* o la *longa possessio* delle servitù, straniera al diritto classico, sia stata foggiata da Giustiniano e, malgrado la confusione dei frammenti del Digesto, non si debba stabilire una differenza di concetto e di requisiti rispetto alla *l. t. pr.* delle cose; che il diritto classico conosceva soltanto il tempo immemorabile o la *vetustas* (e probabilmente solo in materia di acque).

Un ultimo argomento per la nostra tesi giova soggiungere. Lo stesso termine di 10 o 20 anni applicato alle servitù con l'assimilazione espressa delle servitù agli immobili è prettamente un concetto giustinianeo: il diritto classico non conosce nemmeno la categoria delle *res immobiles* e *immobiles* col suo nuovo significato giuridico, anzi non conosce nemmeno la terminologia delle *res immobiles* (cfr. sopra, pag. 238, nota 6, e pag. 252 e seguenti) e nel sistema delle XII Tavole le servitù rientravano nella *ceterae res* in opposizione al *fundus*. La stessa oscurità del regime giustinianeo, che dà tanto travaglio, è indizio di laboriosa innovazione. Ma quando i testi del Digesto, mal conservati dai compilatori o male accomodati al nuovo diritto, non ci dànno lume, noi dobbiamo ricercare nei testi del Codice la guida. E nel Codice abbiamo due cenni sicuri della volontà di Giustiniano: l'uno è la L. 2, Cod., 3, 34, certamente interpolata, l'altro la L. 12, § 4 (ult.), Cod., 7, 33, dello stesso Giustiniano, relativa alla questione del domicilio.

Entrambe parlano di acquisto e di *l. t. pr.* e assimilano le servitù alle cose immobili. Entrambe provano, a mio avviso,

la voluta unità dell'istituto, quanto alle servitù e quanto alla proprietà; ma per quel che riguarda la storia esse provano altresì ancora una volta che l'istituto rispetto alle servitù è un'innovazione: è certo caratteristico a questo riguardo che l'indice della volontà di Giustiniano si debba andare a ricercare in due disposizioni accessorie del Codice (l'ultima richiama anche *per incidens* le servitù), e non risulti invece dalla legge fondamentale, in cui egli riformava l'usucapione, combinandola con la *l. t. pr.*, cioè la L. *un.*, Cod., 7, 31. Questi sottintesi, queste irregolari manifestazioni di un pensiero latente e operante, ma non mai formulato in modo esplicito, in luogo debito, rappresentano il tratto saliente e disperante di una legislazione, in cui lo spirito nuovo aleggia al disopra di materiali vecchi, una linfa nuova geme e si fa strada a stento tra le fibre di un vecchio, ma compatto organismo.

“ ADDENDA ET CORRIGENDA „

A pag. 4, linea 26, *invece di:* del nostro, *correggi:* nel nostro.

A pag. 8, linea 3, *aggiungi:* I vaghi sogni di una comunanza primitiva delle terre nell'età di Saturno hanno tanto minor valore per l'evoluzione reale della proprietà romana, in quanto la poesia romana li deriva di peso, a quel che sembra, dall'antichissima poesia greca celebrante l'età di Crono: cfr. Hesiodi, *Operum et dierum*, v. 109 e segg.

A pag. 75, linea 19, *aggiungi:* A parte la singolarità indiscutibile della grafia, la stessa accentuazione *máncipi* ha di recente ottenuto l'assertore più valido in un filologo e latinista veramente profondo, il prof. Remigio Sabbadini, il quale così scrive: « Il genitivo *mancipi* di *mancipium*, nella formula giuridica *res mancipi*, antichissima, tanto antica che se n'era perduto il significato, si pronunciava *máncipi*. Nel nesso *Mercurii dies* (mercoledì) si pronunciava *Mércuri*, come mostrano i continuatori dialettali *Mércore*, *Mércori*. E *Forlimpopoli* non da (*Forulum*) *Popilii* è nato, ma da *Pópili* » (Sabbadini, *Il genitivo singolare dei temi in io*, in *Bull. di fil. class.*, vol. XXIII, 1917, pag. 173) ».

A pag. 93, linea 2 della nota sotto E) *aggiungi:* Pap. Lips. Inv., n. 136 e su di esso P. De Francisci in *Filangeri*, 1913, n. 3-4.

A pag. 103, linea 5, *aggiungi:* L'interpretazione del *nexum* varroniano (= *nec suum*) nel senso di *aes alienum* è ritenuta dal Lenel nello studio sul *Nexum* in *Zeitschr. der S. St. für Rg.*, vol. XXIII, 1902, pag. 84-101.

A pag. 417, linea 11, *invece di:* dei suoi proprî mezzi e il regime sulla base da, *leggi:* dei suoi proprî mezzi, e il regime sulla base di.

A pag. 800 (n. 8, *in fine*) *aggiungi:* Gli sviluppi e i chiarimenti del suo concetto nella seconda edizione or ora uscita alla luce, della bella opera del Brugi sulla *Proprietà* (Napoli-Torino 1918), fanno che oramai siamo coll'illustre collega sopra un terreno comune (cfr. specialmente vol. I, cap. II, n. 23, pag. 174 e segg.).

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

Diritto Romano.

Institutiones.

Digesta.

Codex Justinianus.

Diritto moderno.

FONTI STORICHE E LETTERARIE

AUTORI LATINI

—

SCRITTORI CITATI